This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

RLG.1.

Entscheidungen

des

Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

Entscheidungen in Civilsachen.

Sechsundzwanzigster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1890.

RLG. I 26

Entscheidungen

des

Reichsgerichts

in

Civilsachen.

Sechsundzwanzigster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1890.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhalt.

I. Reichsrecht.

Nr.		Seite
1.	Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners; Regelung der Beweislast	1
2.	Berechnung der in §. 23 Ziff. 2 K.O. erwähnten, zehntägigen Frist	5
3.	Abschluß von Rechtsgeschäften unter Abwesenden; Annahmefrist	6
4.	Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners, welche schon vor der Entstehung der Forderung des Anfechtenden vorgenommen ist, nach §. 3 Ziff. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879	11
5.	Ist das Schenkungsversprechen, welches der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft namens der Firma gemacht hat, ein Handelsgeschäft? Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Vorschriften über die Insinuation großer Schenkungen	15
6.	Invalidenversorgungsanspruch; Begründung desselben; Zulässigkeit des Rechtsweges	20
7.	Unfallversicherung; erlangt der von einer Eisenbahngesellschaft angenommene Betriebsbeamte die Eigenschaft eines in der Betriebsverwaltung eines Bundesstaates angestellten Beamten, wenn er in seiner bisherigen Eigenschaft in den Dienst des preußischen Staates übertritt, nachdem dieser das Eigentum der Eisenbahn erworben hat und in die von der Gesellschaft geschlossenen Dienstverträge eingetreten ist?	27
8.	Stempelabgabe; haftet, falls in dem zum Zwecke der Errichtung einer Aktiengesellschaft geschlossenen Gründungsvertrage sämtliche Aktien von den Gründern übernommen werden, die errichtete Aktiengesellschaft für die Stempelabgabe, welche von dem betreffs der übernommenen Aktien vorliegenden Anschaffungsgeschäfte zu entrichten ist?	34
9.	Zur Auslegung der Artt. 213 lit. a. 209 litt. b. g H.G.B. in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884	37
10.	Anwendbarkeit der Vorschriften in den Artt. 354. 356 H.G.B. auf den Forderungskauf	43

Nr.		Seite
11.	Ist die Beteiligung oder Unterbeteiligung an einem behufs Emission von Wertpapieren gebildeten Konsortium als Anschaffungsgeschäft anzusehen?	46
12.	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht; steht dasselbe dem Käufer, welcher von dem Vertrage wegen Nichterfüllung zurückgetreten ist, an der ihm trotzdem verspätet übersandten und zurückgewiesenen, aber auf Lager genommenen Ware zu?	58
13.	Unfallversicherung; Verpflichtung der Berufsgenossenschaft, auf welche die Rechte und Pflichten aus einem Versicherungsvertrage übergegangen sind, zur Anzeige des eingetretenen Unfalles an die Versicherungsanstalt	61
14.	Wie weit reicht das Recht des Vorbenutzers einer Erfindung nach §. 5 des Patentgesetzes?	64
15.	Kann ein Gläubiger, welcher nach Eröffnung des Konkurses Schuldner des Gemeinschuldners geworden ist, seine Schuld auf seine Konkursforderung aufrechnen?	66
16.	Aktienübernahme; Heilung eines Formmangels	68
17.	Anfechtung einer Wechselverpflichtung auf Grund des §. 24 Ziff. 2 K.O.; Gegenbeweis durch den Nachweis eines schon vor der kritischen Zeit über den Wechselbetrag erteilten, von der Angabe des Schuldgrundes absehenden Schuldversprechens	74
18.	Aufrechnung einer gegen den Gemeinschuldner unter Kenntnis seiner Zahlungseinstellung erworbenen Forderung auf eine erst nachher gegen den Gemeinschuldner begründete Schuld	81
19.	Rübenzuckeraktiengesellschaft; Rechtswirksamkeit der Rübenlieferungspflicht der Aktionäre. Konventionalstrafe	85
20.	Einwand des beklagten Acceptanten, der Kläger habe die Forderung aus dem Wechsel nach der Protesterhebung mittels Cessionsurkunde abgetreten und es sei ihm hiervon seitens des Cedenten und des Cessionars Anzeige gemacht worden	99
21.	Wird durch die Pfändung von Waren in einem kaufmännischen Geschäfte, welche nicht im Eigentume des Schuldners stehen, ein auch dem wirklichen Eigentümer gegenüber wirksames Pfändungspfandrecht begründet?	101
22.	Verpflichtung des Verkäufers, die verkaufte Ware an den ausländischen Abnehmer seines Käufers im eigenen Namen abzusenden, wenn mit der verkauften Ware zugleich Gut eines anderen Verkäufers zu versenden ist und die Verzollung dieses Gutes einem Zollspediteur aufgetragen werden soll.	104
23.	Konkurs, Ausfallsforderung. Genossenschaft; hat sie ein Absonderungsrecht am Geschäftsguthaben des Genossen für Forderungen aus erfolgter Kreditgewährung?	110
24.	Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom 12. November/31. Oktober 1874	117
25.	Amortisation von Aktien	132

II. Gemeines Recht.

Nr. Seite

26. Standesherrliche Familienfideikommisse. Autonomie standesherrlicher Familien 135
27. Konventionalstrafe; Auslegung eines Strafversprechens 163
28. Untergang einer Grunddienstbarkeit wegen Wegfalles der Vizinität der beteiligten Grundstücke 167
29. Testamentsvollstreckung; maßgebendes örtliches Recht; inwiefern ist ein testamentarisches Kodizill als Teil des Testamentes zu behandeln? (S. Nr. 79 S. 380) 170
30. Unvordenkliche Zeit; Anwendbarkeit auf obligatorische Verhältnisse . . 170
31. Ehescheidungsstrafe; Geltung der Vorschrift, wonach der schuldige Ehemann die propter nuptias donatio herauszugeben hat und der Beschränkung der Strafe auf 100 Pfund Goldes 171
32. Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherstellung eines Gläubigers wegen seiner Forderung 180
33. Kauf; Einrede des Betruges gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises 185
34. Kündigung eines Darlehns durch einen Nichtbevollmächtigten; Ratihabition 189
35. Alimentationspflicht des schuldigen Ehemannes seiner geschiedenen Ehefrau gegenüber; Bildung eines partikularen Gewohnheitsrechtes . . . 193
36. Haften Lehnsfolger für die Allodialschulden eines Ascendenten mit den Früchten des Lehns auch dann, wenn sie Seitenverwandte des letzten Lehnsbesitzers und nicht Allodialerben jenes Ascendenten geworden sind? 196
37. Aufrechterhaltung eines wegen Nichtbeachtung der Formen ungültigen schriftlichen Testamentes als mündliches Testament 202
38. Haftung des Arrestklägers für den durch einen für ungerechtfertigt erkannten Arrest dem Schuldner entstandenen Schaden 204

III. Preußisches Recht.

39. Verpflichtung des Käufers zur Abnahme und zur Vornahme der Spezifikation der Ware 213
40. Versicherung gegen Hagelschaden 217
41. Haftung des Bergwerksbesitzers nach §. 148 des Allgem. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 224
42. Werkverdingung; Vorrecht der §§. 971. 972 A.L.R. I. 11 228
43. Pflegekindschaftsvertrag; Verzicht auf die Rücknahme des Kindes und auf den Zutritt zu demselben 231
44. Änderung der testamentarischen Erbeinsetzung durch ein vorbehaltenes Kodizill oder durch eine Verfügung der Eltern unter Kindern . . . 234
45. Hinterlegung; ist §. 19 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung am 14. März 1879 anwendbar, wenn die Hinterlegung wegen mangelnder Gegenleistung erfolgt? 238

Nr.		Seite
46.	Pfarrbaulast der Filialkirchengemeinden; §. 791 A.L.R. II. 11 . . .	246
47.	Kauf; exceptio doli generalis; Umfang der Rechtskraft eines im Wechselprozesse ergangenen Urteiles	250
48.	Rücktritt und vertragswidriges Verhalten eines Gesellschafters . . .	253
49.	Berechnung der Stempelsteuer bei den in §. 1 des Gesetzes vom 22. Juli 1861 bezeichneten Übertragungsverträgen zwischen Ascendenten und Descendenten	259
50.	Versagung des Baukonsenses; Entschädigungsanspruch	265
51.	Anstellung von Beamten; Pensionsberechtigung (S. Nr. 7 S. 27) . .	271
52.	Anfechtung einer voreingetragenen Grundschuld durch einen später eingetragenen Hypothekengläubiger	271
53.	Anfechtung des Ausschlusses aus einer Baptistengemeinde; Zulässigkeit des Rechtsweges	277
54.	Zulässigkeit eines Gewohnheitsrechtes, wonach sämtliche Wirte und Hausväter der zu einer evangelischen Gemeinde gehörenden Ortschaften ohne Unterschied der Konfession und ohne Rücksicht auf Grundbesitz zu Kirchen- und Pfarrabgaben verpflichtet sind	287
55.	Mühlenschutz; was ist unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte" in §. 16 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 zu verstehen?	294
56.	Genehmigung von Deichanlagen	300
57.	Zwangsversteigerung; Befugnis eines Hypothekengläubigers, welcher dem im Teilungsplane berücksichtigten Liquidate eines vorstehenden Hypothekengläubigers nicht widersprochen hat, aus der auf Widerspruch eines nachstehenden Gläubigers gebildeten Streitmasse seine Befriedigung zu suchen? (S. Nr. 90 S. 420)	305
58.	Kann ein in der Ehe geborenes Kind, dessen Ehelichkeit von dem Ehemanne nicht angefochten ist, gegen diesen eine auf Anfechtung der Ehelichkeit gerichtete Klage erheben?	305
59.	Erbvertrag unter Ehegatten; Aufhebung durch gegenseitige Einwilligung	308
60.	Schadensersatzklage gegen denjenigen, welcher bei einer öffentlichen Versteigerung Kauflustige vom Bieten abgehalten hat	311
61.	Vertrag über Handlungen, Aufhebung; Anwendbarkeit der Vorschrift in §. 388 A.L.R. I. 5	318
62.	Kirchenbaulast; Begriff der „Stadtkirchen" im Sinne des §. 740 A.L.R. II. 11. Observanz	320
63.	Elterliche Teilungsanordnung; Zulässigkeit neben einem förmlichen Testamente; können durch eine solche die Erbteilsquoten abweichend vom Gesetze oder von einem förmlichen Testamente bestimmt werden?	327
64.	Umwandelung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft. Übertragung eines Vermögensinbegriffes mit Aktiven und Passiven	334
65.	Polizeiliche Verfügung; Entschädigungsanspruch	337

Nr. Seite

66. Unterliegen die einem Fabriketablissement als Substanzteile eingefügten Maschinen trotz Eigentumsvorbehaltes ihres Lieferanten den an dem Grundstücke bestellten Hypothekenrechten? 343

IV. Rheinisches Recht.

67. Klage des an Stelle der Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten ist, ernannten Vormundes auf Beschränkung des Erziehungsrechtes der Mutter 350

68. Kann der durch den Betrieb einer gewerblichen Anlage beschädigte Besitzer des Nachbargrundstückes auf Ersatz des erst in Zukunft entstehenden Schadens klagen, wenn ihm die Klage auf Einstellung des schädigenden Betriebes zusteht? 352

69. Auslegung eines Testamentes; Substitution zu Gunsten der Nachkommen 355

70. Auflösung eines doppelseitigen Vertrages wegen Nichterfüllung . . . 358

71. Wirkung des Pfandrechtes an Gegenständen, welche von Natur beweglich, aber als vom Eigentümer eines Grundstückes zur Bewirtschaftung oder Benutzung desselben dahin gebracht, nach ihrer Bestimmung unbeweglich sind? 361

72. Versteigerung; muß bei der sog. déclaration de command auch der vom später benannten Dritten erteilte Auftrag, für ihn zu steigern, öffentlich beurkundet werden? 362

73. Kompensationseinrede, örtliches Recht. Auslegung des Art. 1049 Code civil (S. Nr. 15 S. 66) 366

V. Prozeßrecht.

74. Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber einer Klage, mit welcher aus einem Vertrage auf Erfüllung geschuldeter Leistungen geklagt wird, auf Grund der Thatsache, daß gegen den Kläger eine Klage auf Wiederaufhebung des Vertrages wegen Betruges anhängig ist 367

75. Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens; ist der Fideikommißnachfolger als Rechtsnachfolger im Sinne des §. 217 C.P.O. anzusehen? (S. Nr. 26 S. 135) 370

76. Umfang der Rechtskraft eines im Wechselprozesse ergangenen Urteiles (S. Nr. 47 S. 250) 370

77. Schiedsvertrag; kann die Ernennung des Schiedsrichters einem Dritten überlassen werden? Einrede gegen den Schiedsspruch 371

78. Gebühren eines Rechtsanwaltes, welcher in einer Instanz neben dem eigentlichen Anwalte dieser Instanz für die Partei thätig geworden ist. 376

79. Gerichtsstand der Erbschaft; ist derselbe auch begründet für den Anspruch eines Erben auf eine dem letzten Willen des Erblassers entsprechende Art der Nachlaßverwaltung? 380

80. Ausschließung des Richters von der Ausübung des Richteramtes . . 383

Nr.		Seite
81.	Klagänderung; ist bei der „später eingetretenen Veränderung" des §. 240 Ziff. 3 C.P.O. die Kenntnis des Klägers von dieser Veränderung wesentlich?	385
82.	Bezieht der Gerichtsstand des Vertrages sich auch auf Ansprüche aus nützlicher Verwendung und aus auftragloser Geschäftsführung? . . .	388
83.	Zwangsvollstreckung aus einem zu wiederholten Leistungen verurteilenden Urteile, wenn der Beklagte bestreitet, daß der Wiederholungsfall gegeben sei	392
84.	Arrestverfahren; Anwendbarkeit des §. 809 Abs. 2 C.P.O. auf das Arrestverfahren gegen Immobilien	395
85.	Arrest nach Pfandbestellung; ist §. 12 A.G.O. I. 29 noch in Geltung? Bedeutung einer früheren Arrestanlegung für einen neuen Arrestantrag eines späteren Forderungsinhabers bei einem Inhaberpapiere? . . .	400
86.	Wert des Streitgegenstandes; Anwendbarkeit des §. 9 C.P.O. auf jährliche Leistungen, welche jemandem auf seine Lebenszeit zu gewähren sind, wenn diese Leistungen erst nach einer Reihe von Jahren anfangen sollen	409
87.	Zeugnis über die Rechtskraft eines Urteiles erster Instanz, wenn das Revisionsgericht ein Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hat, bezüglich desjenigen Teiles der Entscheidung, welcher durch die Anträge in der Berufungsinstanz nicht angefochten ist?	410
88.	Sind bei der Berechnung des Wertes des Gegenstandes des Arreststreites neben der Hauptforderung auch die Zinsen und Kosten, für welche Sicherung durch den Arrest beantragt und bewirkt ist, in Ansatz zu bringen?	412
89.	Gebühren der Rechtsanwälte; §. 467 C.P.O.	416
90.	Zwangsvollstreckung, Teilungsverfahren	420
91.	Verschafft nach vorläufiger Privatpfändung einer Forderung die nach Veröffentlichung eines allgemeinen Veräußerungsverbotes erfolgte gerichtliche Pfändung jener Forderung dem Gläubiger ein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Pfandrecht an derselben?	425
92.	Besteht zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland Gegenseitigkeit hinsichtlich der Vollstreckung richterlicher Urteile (S. Nr. 24 S. 117) . . .	428
93.	Für welche Schriftstücke stehen dem Rechtsanwalte Schreibgebühren zu?	428
94.	Wert des Streitgegenstandes bei einer Klage auf Räumung einer gemieteten Wohnung	431

Sachregister 435
Gesetzesregister 454
Chronologische Zusammenstellung 463
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken 468
Berichtigungen 469

I. Reichsrecht.

1. Regelung der Beweislast bei Anfechtung von Rechtshandlungen.

I. Civilsenat. Urt. v. 29. Januar 1890 i. S. A. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. I. 328/89.

I. Landgericht Bremen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Die Klägerin hatte nach ihrer Behauptung gegen ihren Ehemann, mit welchem sie nicht in Gütergemeinschaft lebte, eine Forderung von 8000 ℳ erworben und zur Sicherung dafür zwei Handfesten auf das Grundstück des Ehemannes versetzt erhalten. Dieses Grundstück wurde auf Antrag des Beklagten wegen einer eingeklagten Forderung desselben im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft. In diesem Verfahren meldete die Klägerin ihre Forderung an und erhob, nachdem das Amtsgericht Bremen, Abteilung Erb- und Handfestenamt, die Deponierung des für die angemeldete Forderung noch übrigen Betrages verfügt hatte, Klage auf Feststellung ihrer Forderung gegen den Ehemann und Verurteilung des Beklagten, in die Adjudikation der deponierten Gelder an sie zu willigen. In der Verhandlung vom 14. Februar 1889 bestritt der Beklagte die Forderung der Klägerin an ihren Ehemann und focht die Verpfändung der beiden Handfesten auf Grund des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 §. 3 Nr. 1 bis 4 an.

Der erste Richter nahm an, daß nur Nr. 1, nicht aber Nr. 2. 3. 4 des §. 3 des Anfechtungsgesetzes zur Anwendung komme, und erkannte demnach auf einen Eid der Klägerin dahin, daß sie zur Zeit, als ihr Ehemann ihr die Handfesten versetzen zu wollen erklärte, die

Absicht desselben, seine übrigen Gläubiger, insonderheit den Beklagten dadurch zu beschädigen, nicht gekannt habe. Für den Fall der Eidesleistung wurde nach dem Klagantrage erkannt, für den Fall der Eidesweigerung der Beklagte verurteilt, nach Verhältnis der beiden Forderungen die Verteilung zuzulassen. Auf Berufung des Beklagten fügte das Berufungsgericht noch den weiteren Eid für die Klägerin bei, daß es nicht wahr sei, daß die Zusage ihres Ehemannes, ihr die Handfesten versetzen zu wollen, erst nach dem 14. Februar 1889 erfolgt sei.

Auf die vom Beklagten eingelegte Revision wurde vom Reichsgerichte zwar das Bestehen der Forderung anerkannt, allein betreffs des zweiten Klagegrundes das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

. . . „Was die Anfechtung der Verpfändung der Handfesten betrifft, so führt der Berufungsrichter zunächst aus, daß die Voraussetzungen des §. 2 des Anfechtungsgesetzes vorliegen, da die beiden Handfesten der einzige erhebliche Gegenstand waren, aus welchen der Beklagte Befriedigung für seine Forderung suchen konnte.

Es wird dann ausgeführt, die Anfechtungsgründe aus Nr. 3 und 4 des §. 3 des Anfechtungsgesetzes träfen nicht zu; dagegen würde Nr. 2 zutreffen, wenn die Zusage der Verpfändung innerhalb eines Jahres vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches stattgefunden habe. Die Rechtshängigkeit aber sei von Erhebung der Einrede im Termine am 14. Februar 1889 an zu datieren, nicht schon vom Bestreiten des klägerischen Rechtes vor dem Erb- und Handfestenamte am 14. Dezember 1888 an. Es ist daher neben dem vom ersten Richter der Klägerin zuerkannten Eide auf den der Klägerin zugeschobenen Eid erkannt: es sei nicht wahr, daß die Zusage der Verpfändung der Handfesten nach dem 14. Februar 1889 erteilt sei.

Der Erörterung dieser Ausführungen ist folgendes vorauszuschicken.

„Anfechtbar sind Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat" (§. 3 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879).

Diese Absicht und diese Bekanntschaft hat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Anfechtende zu beweisen. Im Falle des That-

bestandes der Nr. 2 des §. 3 a. a. O. wird beides vermutet; dem Anfechtungsgegner liegt der Beweis der Negative ob.

Dieser Beweis kann nur künstlich geführt werden. Von wesentlicher Bedeutung kann dabei der Nachweis werden, daß der Schuldner eine andere Absicht bei seinem Handeln gehabt habe; so z. B. die, daß er zur Vornahme der Handlung durch eine dem Anfechtungsgegner gegenüber bestehende Verpflichtung veranlaßt worden sei, namentlich daß die fragliche Rechtshandlung die Erfüllung eines wirksam abgeschlossenen Vertrages gewesen sei.

Allerdings genügt ein solcher Nachweis nicht in der Art, daß durch denselben jede Möglichkeit der Anfechtbarkeit grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Trotz der Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrages kann als Grund zur Vornahme der Rechtshandlung eine besondere fraudulose Absicht des Schuldners sich darstellen. Allein eine solche Absicht wird sich thatsächlich nur beim Vorhandensein besonderer Umstände als vorhanden annehmen lassen. Hat also der Anfechtungsgegner nach dieser Richtung keinen Beweis geführt, so wird ihm dies nur dann präjudizieren, wenn solche besondere Umstände vom Anfechtenden geltend gemacht werden oder deutlich vorliegen.

Im vorliegenden Falle sind solche Umstände vom Beklagten nicht geltend gemacht und ergeben sich auch sonst nicht aus den Verhandlungen. Im Berufungsurteile ist dies ausdrücklich festgestellt. Es handelt sich also nur um die Frage, ob zur Zeit, als der Ehemann W. das Pfand hingab, für ihn eine Verpflichtung dazu bestand, insbesondere um die von der Klägerin behauptete vorgängige Zusage einer solchen Hingabe, bezw. um die Zeit der Erteilung dieser Zusage; denn daß irgend einmal die Zusage erteilt worden sei, ist durch Anerkennung der Urkunden [3] und [4] vom Beklagten zugegeben und wird ohne Rechtsirrtum vom Berufungsrichter als bewiesen angenommen. Nur das Datum der Urkunde [3] ist bestritten.

Hiernach verteilt sich im vorliegenden Falle die Beweislast folgendermaßen:

a) Der Beklagte hat zu beweisen, daß die Pfandhingabe in das kritische Jahr (d. h., wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, in das von der Anfechtung im Termine am 14. Februar 1889 an zurückzuberechnende Jahr) gefallen ist, denn darauf beruht in Wahrheit der eine von ihm auf Nr. 2 des §. 3 a. a. O. gestützte Anfechtungs-

grund und die Klägerin hat dies bestritten. Die im preußischen Gesetze vom 26. April 1835 §. 8 enthaltene abweichende Bestimmung mag zweckmäßig gewesen sein (Cosack, Das Anfechtungsrecht §. 20 S. 104 Note 30), auf allgemeine Rechtsgrundsätze ist sie nicht zurückzuführen. Schon das preußische Gesetz vom 9. Mai 1855 hat sie nicht aufgenommen, und das Reichsanfechtungsgesetz kennt sie nicht. Infolge der freien Beweistheorie wurde sie für überflüssig erachtet.

Wird der Beweis, daß die Pfandhingabe innerhalb der kritischen Zeit erfolgt ist, erbracht, so tritt die Vermutung der Nr. 2 des §. 3 ein; die Verpfändung gilt als in der auch der Klägerin bewußten bösgläubigen Absicht vorgenommen. Um diese Vermutung zu zerstören, hat

b) die Klägerin zu beweisen, daß eine Verpflichtung zur Pfandhingabe bestand, insbesondere, daß der Ehemann W. ihr die Zusage der Pfandbestellung erteilt habe, und zwar die wirksame Zusage, also auch die unanfechtbare. Der Beweis, daß die Zusage des Pfandes nicht in das kritische Jahr gefallen ist, liegt also bei dieser Gestaltung des Falles der Klägerin ob. Wird dieser Beweis nicht erbracht, so bleibt die Vermutung der Nr. 2 a. a. O. bestehen, und dies führt zur Abweisung der Klage.

Dadurch, daß die Parteien und die Richter die Zusage und die Hingabe des Pfandes nicht auseinander gehalten haben, ist es dazu gekommen, daß auf den der Klägerin über die Zeit der Erteilung der Zusage zugeschobenen Eid erkannt und von der Leistung oder Nichtleistung dieses Eides und dieses Eides allein das Schicksal des auf die Nr. 2 a. a. O. gestützten Anfechtungsgrundes abhängig gemacht ist. Mit Recht fühlt sich der Beklagte durch diese Entscheidung verletzt. Nach derselben könnte es leicht kommen, daß, wenn zwar die thatsächliche Hingabe der Handfesten im kritischen Jahre, die Zusage der Hingabe aber schon vorher erfolgt war, die Klägerin sich zur Leistung des fraglichen Eides befugt erachtete und durch die Leistung die Anfechtung ausschlösse.

Die Aufhebung des auf einer rechtsirrtümlichen Rechtsauffassung beruhenden Urteiles und die Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung auf Grund der vorstehenden Ausführungen ist daher geboten.

Richtig ist dagegen betreffs des anderen, auf Nr. 1 des §. 3 gestützten Anfechtungsgrundes erkannt.

Der Beklagte behauptet, bei der Erteilung der Zusage der Verpfändung der Handfesten, wann diese auch erfolgt sein mag, habe der Schuldner W. die Absicht der Benachteiligung seiner Gläubiger und die Klägerin hiervon Kenntnis gehabt. Die Beweislast trifft hier den Beklagten als den Anfechtenden. Wird dieser Beweis erbracht, so ist damit auch bewiesen, daß bei der Pfandhingabe die fraudulose Absicht und die Kenntnis von derselben bestanden habe." . . .

2. Wie ist die im §. 23 Ziff. 2 K.O. erwähnte zehntägige Frist zu berechnen?

III. Civilsenat. Urt. v. 18. Februar 1890 i. S. de T. (Bekl.) w. H.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. III. 310/89.

I. Landgericht Aurich.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Die vom Beklagten erhobene Revision macht zunächst geltend, es sei zu Unrecht vom Berufungsgerichte angenommen, daß die angefochtene Rechtshandlung in die zehntägige, in §. 23 Ziff. 2 K.O. erwähnte Frist falle. Wenn, wie das Berufungsgericht feststelle, die Zahlungseinstellung am 14. April erfolgt sei, so falle die am 4. April erfolgte Zahlung außerhalb dieser Frist. Der Angriff erscheint unbegründet. Die Reichskonkursordnung enthält keine ausdrückliche Bestimmung, wie diese Frist zu berechnen ist. Erwägt man indes, daß nach den sonstigen Bestimmungen der Reichsgesetze da, wo eine Frist nach Tagen zu berechnen ist, der Tag, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richtet, nicht mitgerechnet werden soll,

vgl. Art. 32 Ziff. 1 W.O., Art. 328 Ziff. 1 H.G.B. und §. 199 C.P.O., so wird man nach den Grundsätzen der Analogie im Sinne der Reichsgesetzgebung auch den hier in Frage stehenden Zeitraum in gleicher Weise, nämlich dahin berechnen müssen, daß der Tag der Zahlungs-

einstellung, hier der 14. April, nicht mitgerechnet wird. Die Ansicht des Revisionsklägers, daß, wenn der 4. April als erster Tag gerechnet werde, eine Rechtshandlung, die am 14. April, aber noch vor der Zahlungseinstellung, vorgenommen sei, unanfechtbar sein würde, ist nicht richtig. Wäre im vorliegenden Falle eine naturale Komputation vorgeschrieben, und wäre es möglich, die Zahlungseinstellung auf eine bestimmte Stunde des 14. April zu fixieren, so würde diese Stunde als der Zeitpunkt zu betrachten sein, von welchem aus die zehnmal vierundzwanzig Stunden rückwärts zu zählen sein würden. Es würde daher der Endpunkt der Frist in die entsprechende Stunde des 4. April fallen. Bei der civilen Komputation, die nach dem Obigen hier einzutreten hat, wird der ganze Tag, in welchen bei naturaler Berechnung der Endpunkt der Frist, hier also der 4. April, fällt, mit in den Zeitraum hineingerechnet, was thatsächlich einer Verlängerung der Frist um so viel Stunden gleichkommt, als zwischen dem natürlichen Endpunkte der Frist und der zunächst zurückliegenden Mitternacht verstrichen sind. Daß die zehntägige Frist in dieser Weise zu berechnen ist, darüber besteht auch in der Litteratur kein Streit.

Vgl. Petersen und Kleinfeller, K.O. 2. Aufl. S. 88 Note 3 und die dort angeführten Schriftsteller." . . .

3. Über Abschluß von Handelsgeschäften unter Abwesenden. Acceptationsfrist. H.G.B. Art. 319.

I. Civilsenat. Urt. v. 19. April 1890 i. S. A. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. I. 34/90.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 15. September 1888 offerierte der Beklagte in Breslau dem Kläger in Hamburg telegraphisch 1000 Sack Prima-Kartoffelstärke zu $22^1/_2$ ℳ den Sack, lieferbar Frühjahr 1889.

Der Kläger antwortete an demselben Tage telegraphisch:

„Acceptiere offerierte 1000 Sack Prima-Stärke 22,25 ℳ, sofortige Drahtantwort."

Am 16. September 1 Uhr 52 Min. nachmittags telegraphierte der Beklagte:

„Genehmige tausend $22^1/_4$."

Aufgegeben ist diese Depesche: Breslau 16./9. 1 Uhr 24 Min. nachmittags, aufgenommen: Hamburg 1 Uhr 52 Min. nachmittags, ausgefertigt: 2 Uhr nachmittags.

An demselben 16. September, einem Sonntage, schreibt der Beklagte an den Kläger:

„Ihre Depesche: Acceptiere offerierte 1000 Prima-Stärke 22,25, sofortige Drahtantwort, kam um $^1/_2$8 Uhr hier nach Schluß des Kontors an. Obgleich mir das Untergebot nicht konveniert, will ich in Rücksicht auf unsere Geschäftsverbindung die 25 Pf. nachlassen und Ihnen die 1000 Sack à 22,25 ℳ geben und erwarte morgen Drahtbescheid ... Da ich nicht weiß, ob der Brief morgen früh bei Ihnen ist, depeschierte ich Ihnen: Acceptiere 1000. $22^1/_4$."

Unterm 17. September schrieb der Kläger an den Beklagten.

„Ihr Gestriges und Telegramm: „Genehmige 1000 $22^1/_4$" empfing ich gleichzeitig diesen Morgen und bestätige hiermit von Ihnen gekauft zu haben: „1000 Sack ... à 22,25 ℳ zahlbar ... mir 1 Prozent Kommission."

Konforme Gegenbestätigung bleibe erwartend. Ich habe Ihnen einen sehr guten Preis herausgeholt, da von Berlin Offerten à 22 ℳ vorlagen. ..."

Telegramm des Beklagten vom 18. September:

„Eben Brief erhalten. Da gestern ohne verlangte Depesche, anderweit begeben, nichts mehr frei."

Telegramm des Klägers vom 18. September:

„In Ihrer Genehmigungsdepesche verlangten Sie keine Bestätigung. Hatte 1000 Sack laut heutigem Briefe an Ho. fest verkauft, Annullierung unmöglich."

Mit vorliegender Klage fordert der Kläger zunächst Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung und ändert dann unter Zustimmung des Beklagten den Antrag in die Klage auf Schadensersatz von 2750 ℳ ab, welchen Betrag der Beklagte eventuell als richtig anerkennt.

Der Kläger geht davon aus, der Vertrag sei durch die Depesche des Beklagten vom 16. September zustande gekommen.

Der Beklagte ist der Ansicht, der Vertrag sei nicht perfekt geworden. Da der Kläger auf seine Offertdepesche vom 15. September „sofortige Drahtantwort" verlangt habe, so sei, da er, Beklagter, erst am 16. September geantwortet, die Offerte erloschen. Seine, des Beklagten, Depesche vom 16. September stelle sich als neue Offerte dar. Diese habe der Kläger nicht rechtzeitig acceptiert.

In erster und zweiter Instanz wurde die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Das Telegramm des Beklagten vom 15. September enthielt eine Verkaufsofferte zu 22,50 ℳ. Indem der Kläger dieselbe beantwortete mit: „Acceptiere zu 22,25 ℳ", lehnte er die Offerte ab und stellte seinerseits eine Kaufofferte. Er fügte eine bestimmte Acceptationsfrist bei. Hielt der Beklagte diese nicht ein, so war die Offerte *erloschen*, d. h. nicht etwa nur: der Offerent hatte das Recht, die Offerte zu widerrufen, sondern die von Anfang an zeitlich begrenzte Offerte hatte ihr Ende erreicht und damit jede Wirkung verloren. Der *verspätet* eingegangenen *Acceptation* steht keine Offerte mehr gegenüber, sie ist also wirkungslos. Der Offerent kann sie allerdings berücksichtigen, aber nur, wenn er sie zum Gegenstande eines *neuen* Willensaktes macht, d. h. indem er sie als eine Offerte des Oblaten auffaßt und sie als solche acceptiert. Er muß also *handeln*. Völlig deutlich ist dies, wenn eine bestimmte Stunde als Ende der Frist angegeben ist, z. B. „gebunden bis 6 Uhr". Aber das gleiche gilt auch, wenn die Frist anders bestimmt ist, z. B. „sofortige Drahtantwort". Eine Ausnahme von dem entwickelten Satze tritt nur für den Fall ein, wenn nicht die *Absendung* der Acceptation, sondern nur deren *Ankunft* verzögert ist, wenn also die Acceptation *rechtzeitig* abgesandt, trotzdem aber *nach* Ablauf der Frist beim Offerenten angelangt ist. In *diesem* Falle wird in Art. 319 Abs. 2 H.G.B. bestimmt, daß der Offerent dem Acceptanten ohne Verzug seinen Rücktritt erklären muß. Während also dann, wenn die Acceptation *verspätet abgesandt* ist, beim Schweigen des Offerenten der Vertrag nicht zustande kommt, kommt er zustande, wenn die Acceptation *rechtzeitig abgesandt* ist und der Offerent schweigt. Der gesetzgeberische Grund liegt darin, daß im ersten Falle der Acceptant weiß, daß die

Acceptation verspätet ankommen muß, während er im zweiten Falle von der Annahme ausgehen darf, sie werde rechtzeitig ankommen.

Vgl. v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche Artt. 319. 320; Regelsberger in Endemann's Handbuch des deutschen Handelsrechtes §§. 244 flg., namentlich §. 246 Bd. 2 S. 429. 437.

Es kommt also im vorliegenden Falle darauf an, ob das am Sonntage um 1 Uhr 24 Min. nachmittags in Breslau aufgegebene, um 1 Uhr 52 Min. in Hamburg im Telegraphenbureau aufgenommene und um 2 Uhr daselbst ausgefertigte (also auch an den Kläger expedierte) Telegramm als rechtzeitige Acceptation des am Sonnabend um $^1/_2$8 Uhr in Breslau angelangten Telegrammes, welches „sofortige Drahtantwort" vorschreibt, angesehen werden kann.

Handelte es sich um zwei Wochentage, so wäre es wohl nicht zweifelhaft, daß mit „nein" zu antworten wäre, und das scheint der Kläger selbst nicht zu bestreiten. Aber auch der Umstand, daß der zweite Tag ein Sonntag war, an welchem keine Börse abgehalten wird, und daß das Telegramm nach der Behauptung des Beklagten tags zuvor erst nach Schluß der Kontorzeit eingetroffen ist, führt zu keiner anderen Entscheidung. Schon eine einfache Wortauslegung läßt unter „sofortiger" Drahtantwort nicht Antwort am morgenden Tage verstehen oder Antwort bis übermorgen früh (denn nach des Klägers Argumentation wäre auch diese noch rechtzeitig gewesen). Es kann nur heutige Antwort heißen.

Vgl. Bolze, Praxis des Reichsgerichtes Bd. 5 Nr. 387.

In Fällen, wie der vorliegende ist, bei Zeitgeschäften mit einem Spekulationsartikel, wie Stärke unbestritten ist, muß das umsomehr angenommen werden. Daß am Sonntage keine Börse ist, kommt nicht in Betracht, denn dadurch steht doch der Lauf der Handelsverhältnisse nicht still; durch am Sonntage ankommende Nachrichten können diese sich gewaltig ändern, und es kann dadurch dem mit der Antwort Zögernden die beste Gelegenheit, auf Kosten des anderen Teiles zu spekulieren, gegeben werden, eine Möglichkeit, welche auszuschließen der Gesetzgeber gerade in der fraglichen Lehre nach Kräften bemüht ist. Auch behauptet der Kläger selbst, den Weiterverkauf an seinen Käufer am Montage früh vor Börsenzeit von Kontor zu Kontor durch Telephon, also nicht an der Börse abgeschlossen zu haben.

Dem Antrage des Klägers, Sachverständige darüber zu vernehmen, daß er der „sofortigen" Drahtantwort erst am Montage Morgen habe entgegensehen können, ist hiernach mit Recht nicht entsprochen worden.

Es kann auch nicht etwa geltend gemacht werden, daß das Telegramm des Klägers nach Breslau sich gegen dessen Erwarten verspätet haben könne, und daß sich dadurch die Frist verschiebe. Nach Art. 319 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. darf bei der Berechnung der Antwortsfrist der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei. Der Anfang der Acceptationsfrist ist also damit gegeben.

War nun aber der vom Kläger offerierte Vertrag durch das Sonntagstelegramm nicht zustande gekommen, so hätte derselbe nur dadurch zur Perfektion kommen können, daß der Kläger das Sonntagstelegramm als Offerte betrachtete und seinerseits acceptierte. Dies ist nicht geschehen, und zwar nicht geschehen, obgleich der Beklagte in seinem Sonntagsbriefe, welcher *nach* dem Telegramme abgegangen war, darauf aufmerksam gemacht und ausdrücklich „morgen Drahtbescheid" verlangt hatte.

Man könnte vielleicht noch fragen, ob der Beklagte, welcher, als er das Sonntagstelegramm absandte, die Absicht hatte, das Sonnabendtelegramm des Klägers zu acceptieren, sich darauf berufen darf, daß diese Acceptation verspätet, also wirkungslos gewesen sei, oder ob ihm nicht in dieser Richtung eine exceptio doli entgegenstehe. Letzteres ist aber nicht anzunehmen. Die Bestimmungen über die Acceptationsfrist sind ganz *objektive*. Der Offerent hat zwar von Anfang an die Befugnis, die Dauer der Frist festzusetzen. Ist dies aber geschehen oder ist in Ermangelung dessen die Festsetzung durch das Gesetz erfolgt, so ist der Eintritt irgend eines äußeren Ereignisses auf die Dauer der Frist ohne Einfluß. Eine Fristverlängerung kann nur erfolgen durch einen *neuen* Willensakt, eine *neue*, irgendwie bethätigte *Erklärung* des Offerenten.

Übrigens würde nach der Lage des Falles ein doloses Verhalten mit größerem Rechte dem Kläger vorzuwerfen sein. Der Beklagte hat sich die rechtliche Lage klar gemacht und sich gesagt, der Kläger werde, da er durch die Acceptation im Sonntagstelegramme nicht gebunden sei, dieses vielleicht auch gar nicht berücksichtigen, sondern

seine eigene Offerte als abgelehnt ansehen und sich ruhig verhalten. Um in dieser Beziehung sicher zu sein, fordert der Beklagte im Sonntagsbriefe für „morgen Drahtbescheid". Daß der Kläger hierauf nicht einging, erscheint unter allen Umständen, und von welcher rechtlichen Auffassung der Kläger ausgehen mochte, als unkulant, während das Verhalten des Beklagten gerade in dieser Beziehung offen und ehrlich war.

Der Revisionskläger will im Briefe des Klägers vom 17. September die rechtzeitige Annahme der neuen Offerte des Beklagten finden; allein der Beklagte hatte ja die Acceptationsfrist durch die Worte: „erwarte morgen Drahtbescheid" in fester Weise auf den Montag Abend begrenzt. Ein am Montage in Hamburg geschriebener, am Dienstage in Breslau ankommender Brief kann also keine rechtzeitige Acceptation enthalten.

Ferner ist es unbegründet, wenn der Revisionskläger in jenen Worten einen „beiläufigen Wunsch" findet; eine derartige Erklärung kann, einer Offerte beigefügt, nur als Setzung einer Acceptationsfrist aufgefaßt werden.

Die Frage, ob Brief und Telegramm, welche nacheinander bei dem Adressaten abgegeben werden, aber zusammen zu gleicher Zeit zu dessen Kenntnis gelangen, als „zu gleicher Zeit eingegangen" anzusehen sind, braucht bei dieser Auffassung des vorliegenden Rechtsverhältnisses nicht entschieden zu werden."

---

4. Ist die Anfechtung einer Rechtshandlung, welche schon vor der Entstehung der Forderung des Anfechtenden vorgenommen war, nach §. 3 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 ausgeschlossen, wenn der Schuldner bei der Vornahme der Rechtshandlung die Entstehung der Forderung des Anfechtenden nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte?

VI. Civilsenat. Urt. v. 1. Mai 1890 i. S. A. S. u. K. v. H. (Bekl.) w. die Gerichtskasse zu J. (Kl.) Rep. VI. 338/89.

I. Landgericht Insterburg.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Mittels Urkunde vom 11. Januar 1886 cedierte K. v. H., der zweite Beklagte, von einer für ihn auf dem Gute R. eingetragenen Grundschuld von 30 000 ℳ den ihm noch zustehenden Restbetrag von 7154,55 ℳ an den Kaufmann S., den ersten Beklagten, nachdem er demselben seine Güter R. und M. bereits am 7. Januar 1886 verkauft und am 11. Januar aufgelassen hatte. Aus Prozessen, welche durch die gedachten Rechtshandlungen veranlaßt wurden, stehen der Klägerin gegen den Beklagten K. v. H. Kostenforderungen im Gesamtbetrage von 10 089,30 ℳ zu. Wegen dieser Kostenforderungen ist jetzt von der Klägerin die Cession vom 11. Januar 1886 auf Grund des §. 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 angefochten. Während die Klägerin vom Landgerichte mit ihrer Klage abgewiesen wurde, hat das Berufungsgericht beide Beklagte, dem Antrage der Klägerin entsprechend, verurteilt.

Die hiergegen von dem Beklagten S. eingelegte Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht legt dem vom ersten Richter als entscheidend angesehenen Umstande, daß die Kostenforderungen der Klägerin erst nach Vornahme der Cession vom 11. Januar 1886 durch damals nicht vorauszusehende Anfechtungsprozesse — der Hauptposten von mehr als 9000 ℳ durch Anstellung eines Prozesses des Beklagten S. gegen den Beklagten H. v. K. auf Rückgabe der verkauften Güter — entstanden sind, keine Bedeutung bei, indem es ausführt, daß das Gesetz vom 21. Juli 1879 für die Anfechtung nur die Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, und nicht die Absicht, den anfechtenden Gläubiger zu benachteiligen, verlange, und daß der vom Landgerichte vermißte Kausalzusammenhang zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der Benachteiligung der Klägerin in dem Nachteile zu finden sei, den die Klägerin dadurch erleidet, daß ihr durch die Cession ein sonst vorhandenes Exekutionsobjekt entzogen ist.

Gegen diese Ausführungen richtet die Revision ihren Hauptangriff; derselbe erweist sich indessen als unbegründet.

Nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes, insbesondere dessen §. 2, kann, wie auch der Revisionskläger anerkennt, darüber kein Zweifel bestehen, daß es für die Frage nach der Anfechtungsbefugnis nicht darauf ankommt, ob die Forderung des Anfechtenden vor oder

nach der angefochtenen Rechtshandlung entstanden ist, daß vielmehr das Anfechtungsrecht jedem Gläubiger zusteht, welcher wegen einer zur Zeit der Anfechtung fälligen Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat. Wenn dann der §. 3 Nr. 1 des Gesetzes für anfechtbar diejenigen Rechtshandlungen erklärt, „welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat", so ist mit diesen Worten in unzweideutiger Weise ausgedrückt, daß die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht gegen bestimmte Gläubiger, namentlich nicht gerade gegen denjenigen Gläubiger, welcher später den Anfechtungsanspruch erhebt, sondern nur gegen die Gläubiger überhaupt gerichtet sein muß. Wer eine derartige, auf Benachteiligung der Gläubiger abzielende Absicht des Schuldners kennt und trotzdem von demselben Vermögensstücke erwirbt, ist nach §. 7 a. a. O. verpflichtet, das Erworbene als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig zurückzugewähren, und zwar auf Verlangen jedes gemäß §. 2 zur Anfechtung befugten Gläubigers, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist.

Betrachtet man diese Bestimmungen im einzelnen und in ihrem Zusammenhange, so ergiebt sich mit voller Deutlichkeit, daß durch die Anfechtung den Gläubigern eines zahlungsunfähigen Schuldners das Recht verschafft werden soll, zu ihrer Befriedigung nicht bloß das gegenwärtige Vermögen des Schuldners, sondern auch diejenigen Vermögensstücke zu verwenden, welche der Schuldner früher im betrüglichen Einverständnisse mit dem Empfänger weggegeben hatte, daß also die Grundlage des Anfechtungsrechtes, wie dies auch die Motive zur Konkursordnung und zum Gesetze vom 21. Juli 1879 ausdrücklich hervorheben, nicht in einem gegen den Anfechtenden gerichteten Betruge, vielmehr in der Verletzung des jedem Gläubiger zustehenden Befriedigungsrechtes zu erblicken ist (vgl. Motive zur Konkursordnung S. 108—110. 130. 145 und Motive zum Anfechtungsgesetze S. 9—11). Hat der Beklagte S. sich an solcher Verletzung des Befriedigungsrechtes der Gläubiger des Beklagten v. H. wissentlich beteiligt, so war und blieb er von vornherein der Gefahr ausgesetzt, das Erworbene zur Erweiterung des Kreises der Befriedigungsobjekte für diejenigen Gläubiger herausgeben zu müssen, welche künftig von dem Anfechtungsrechte — sei es im Falle der Konkurseröffnung durch den Konkursverwalter, sei es außerhalb des Konkurses als einzelne — Gebrauch

machen würden. Wann die Forderungen der Klägerin entstanden sind, muß hiernach bei der Beurteilung ihres Anfechtungsanspruches ebenso unwesentlich erscheinen wie die Frage, ob zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Cessionsaktes die Entstehung jener Forderungen von den Beklagten vorausgesehen worden ist oder auch nur vorausgesehen werden konnte.

In demselben Sinne hat sich das Reichsgericht bereits mehrfach ausgesprochen,

vgl. insbes. die Urteile des III. Civilsenates vom 26. Januar 1886 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 62) und des V. Civilsenates vom 27. März 1889 Rep. V. 361/88 (Jurist. Wochenschrift 1889 S. 209),

und damit stimmen die Schriftsteller des Anfechtungsrechtes fast ausnahmslos überein.

Vgl. außer dem vom Vorderrichter angeführten Jäckel namentlich v. Wilmowski, Konkursordnung S. 120. 539; Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung S. 94. 125; Hartmann, Anfechtungsgesetz S. 83 flg.; Cosack, Anfechtungsrecht S. 40; Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 773; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 327. 332.

Für seine entgegenstehende Ansicht beruft sich freilich der Revisionskläger auf das Urteil des II. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 5. Mai 1885,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 166,

und es ist nicht zu verkennen, daß dieses Urteil von der vorstehend entwickelten Auffassung insofern abweicht, als es für den Fall der Anfechtung aus §. 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 wegen einer erst später entstandenen Forderung den Nachweis fordert, daß der Schuldner bei dem Abschlusse des angefochtenen Rechtsgeschäftes die Absicht hatte, weitere Verpflichtungen noch zu übernehmen, und daß dem anderen Teile eine solche Absicht bekannt war. Allein der Einholung einer Entscheidung der vereinigten Civilsenate nach Maßgabe des §. 137 G.V.G. bedarf es schon deshalb nicht, weil der II. Civilsenat selbst sich in einem späteren Urteile vom 13. Juli 1888 Rep. II. 209/88 (teilweise abgedruckt in der Jurist. Wochenschrift 1888 S. 383 Nr. 4) auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt, namentlich für zutreffend erklärt hat, daß der Grund des Anfechtungsanspruches

nicht in einem speziell gegen den Anfechtenden gerichteten Betruge zu finden ist, und ferner ausgesprochen hat, daß die Vermutung des §. 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes auch auf solche Gläubiger zu beziehen ist, welche erst nach Abschluß des Vertrages ihre Forderungstitel erlangt haben. Der in §. 137 a. a. O. vorausgesetzte Konfliktsfall liegt hiernach gegenwärtig nicht vor." ...

---

5. 1. Ist zur Gültigkeit eines Schenkungsversprechens dessen Annahme durch den Beschenkten erforderlich?

2. Findet bei einer Schenkung unter Lebenden, wenn solche von dem Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft namens der Firma gemacht worden ist, die Vermutung des Art. 274 H.G.B. Anwendung?

3. Unterliegt eine solche Schenkung, wenn sie den Betrag von 500 Solidi übersteigt, der gemeinrechtlichen Insinuationsvorschrift?

H.G.B. Artt. 114. 273. 274. 317.

III. Civilsenat. Urt. v. 9. Mai 1890 i. S. der Firma R. O. Sohn (Bekl.) w. R. J. (Kl.) Rep. III. 41/90.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Der in G. wohnende Kläger ist Agent des Berliner Kommissionshauses Gebrüder S. Er vermittelt für letzteres den Abschluß von Kommissionsgeschäften an der Berliner Produktenbörse gegen eine von seinem Hause zu zahlende, nach Maßgabe der zugeführten Kundschaft und des dem Kommissionshause erwachsenen Gewinnes zu bemessende Vergütung. Die beklagte Firma betreibt in G. eine Branntweinhandlung. Sie spekulierte längere Zeit durch des Klägers und des Kommissionshauses S. Vermittelung an der erwähnten Produktenbörse in Früchten und Spirituosen, zuletzt mit Unglück, so zwar, daß sie der Berliner Firma im November 1888 die Summe von 36 000 ℳ schuldig blieb. Es drohte der Konkurs über das Vermögen der Beklagten auszubrechen, und deshalb reiste der eine Teilhaber der Firma, August O., nach Berlin, um mit dem Hause S. ein Arrangement zu treffen. Letzteres

ließ sich auch zu einem Vergleiche herbei und nahm mit einer Akkordsumme von 12 000 ℳ vorlieb.

Während der Abwesenheit des August O. begab sich nun der Kläger, und zwar, wie er behauptet, auf Einladung des anderen Teilhabers der beklagten Firma, Adolf O., zu diesem auf das Kontor der Beklagten. Bei der hier stattgehabten Unterredung soll Kläger dem Adolf O. die schlimme Lage geschildert haben, in welche die Firma O. Sohn durch die Berliner Spekulationen geraten sei, und es soll dies den Kläger veranlaßt haben, seinerseits dem genannten Teilhaber vorzustellen, daß er, Kläger, hierdurch ebenfalls sein Provisionsguthaben ganz oder doch zum größten Teile verlieren werde, weil die Gebrüder S. die Provisionen von dem seit der letzten Abrechnung abgewickelten Geschäfte zur Deckung ihres Verlustes verwenden würden. Hierauf habe ihm, fährt Kläger fort, Adolf O. erklärt:

„Sie werden durch uns nichts verlieren, wenn die in Berlin obschwebende Angelegenheit arrangiert wird, werden wir Ihren Verlust vergüten; aber wann? — darüber kann ich Ihnen heute kein Versprechen geben, denn wir haben heute nichts; was überhaupt bezahlt wird, müssen unsere Verwandten thun."

Hiergegen habe er, Kläger, erwidert:

„Diese Erklärung genügt mir vollständig; ich werde nicht schon die andere Woche kommen und mein Geld verlangen."

In diesen Vorgängen findet der Kläger ein die Firma R. O. Sohn verpflichtendes Versprechen der Schadloshaltung für den Ausfall, den er durch Abschluß des Arrangements dieser Firma mit Gebrüder S. in B. an seiner Provisionsforderung erleiden werde, und den er nach erfolgter Auseinandersetzung mit dem Kommissionshause auf 5400 ℳ berechnet hat.

Da die Beklagte auf Anfordern sich weigerte, diesen Betrag zu ersetzen, so erhob der Kläger im März 1889 unter Eideszuschiebung über alle erheblichen Thatsachen Klage. Die Beklagte bestritt ihre Zahlungspflicht und machte insbesondere geltend, daß selbst nach der Sachdarstellung des Klägers kein die Beklagte verpflichtender Akt vorliege. „Die angeblichen Äußerungen des Adolf O. seien bloße allgemeine Redensarten, bei welchen jede Absicht, einen selbständigen Verpflichtungsgrund zu erzeugen, nach den Umständen des Falles ausgeschlossen

erscheine. Es sei insbesondere unerfindlich, wie Adolf O. dazu gekommen sein sollte, dem Kläger, welchem gegenüber die Firma R. O. Sohn doch zu nichts verpflichtet gewesen sei, über 5000 ℳ zu schenken. Jedenfalls sei die Schenkung, soweit sie über $4666^2/_3$ ℳ hinausgehe, wegen mangelnder Insinuation ungültig."

Die erste Instanz hat auf den von Adolf O. abzuleistenden Schiedseid über das der Klage zu Grunde liegende Schadloshaltungsversprechen erkannt — der zweite Richter die hiergegen eingewendete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf Revision der Beklagten hat das Reichsgericht das Landgerichtsurteil dahin abgeändert, daß Adolf O. entweder den ihm dort zuerkannten Eid oder zu schwören habe: „daß es nicht wahr sei, daß Kläger auf sein angebliches Versprechen erwidert habe: Diese Erklärung genügt mir vollständig; ich werde nicht schon die andere Woche kommen und mein Geld verlangen."

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter geht davon aus, daß, wenn Adolf O. dem Kläger das von diesem behauptete Versprechen wirklich gegeben habe, darin ein die beklagte Firma verpflichtender, als Schenkung sich charakterisierender Rechtsakt gefunden werden müsse. Er verwirft zugleich in eingehender Begründung das Vorbringen der Beklagten, daß Adolf O. persönlich dem Kläger bloß allgemeine, rechtsunverbindliche Zusagen gemacht habe. Diese Erwägungen sind vorzugsweise thatsächlicher Natur und können mit Erfolg in der Revisionsinstanz nicht angefochten werden.... Wenn gerügt wird, daß das Berufungsgericht übersehen habe, daß Adolf O. keine Zahlungspflicht für eine bestimmte Zeit übernommen habe, so ist es allerdings richtig, daß, wenn die Erfüllung eines Zahlungsversprechens für irgend einen Zeitpunkt nicht aus dem Willen der Kontrahenten bestimmbar ist, daraus auf den Mangel eines Verpflichtungswillens überhaupt geschlossen werden kann. Allein nach der Feststellung des Berufungsgerichts liegt eine derartige Unbestimmtheit hier nicht vor; vielmehr ist die Zahlungspflicht der Beklagten nur von dem Abschlusse des in Aussicht genommenen Arrangements mit Gebrüder S. zu Berlin und dem Eintritte besserer Glücksumstände der Beklagten abhängig gemacht worden. Daß beide Voraussetzungen eingetreten sind, hat die Beklagte weder in erster, noch in zweiter Instanz bestritten.

Wenn endlich Revisionsklägerin darauf hinweist, daß Adolf O. nicht ausdrücklich für die Firma „R. O. Sohn" kontrahiert habe, derselbe auch als bloßer Teilhaber des Geschäftes zu Schenkungen für die Firma nicht legitimiert gewesen sei, so genügt zur Widerlegung dieser Ausführungen die Bemerkung, daß ein zur Vertretung einer Handelsgesellschaft überhaupt befugter Gesellschafter alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen für die Gesellschaft vorzunehmen ermächtigt ist und dadurch die letztere selbst dann verpflichtet, wenn das betreffende Geschäft kein Handelsgeschäft ist oder außerhalb des Betriebes des Handelsgewerbes der Firma liegt, und daß es im übrigen gleichgültig erscheint, ob das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend namens der Gesellschaft geschlossen wurde (Art. 114 H.G.B.).

Mit Recht greift dagegen die Revisionsklägerin das Berufungsurteil deshalb an, weil dasselbe die Ableistung des Schiedseides nur über das in der Klage behauptete Versprechen der Schadloshaltung, nicht auch über die Annahme dieser Zusage durch den Kläger verlange. Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Annahme eines Schenkungsversprechens als eines obligatorischen Vertrages durch den Beschenkten erforderlich. Die Acceptation im vorliegenden Falle darin zu finden, daß der Kläger — was die Beklagte nicht bestreitet — nach erfolgter Auseinandersetzung zwischen der Firma Gebrüder S. und der Beklagten die letztere von der Höhe seines Verlustes brieflich in Kenntnis setzte und zur Erklärung darüber aufforderte, wann er auf seine Befriedigung hoffen dürfe, ist unzulässig, da diese Aufforderung offenbar nicht zum Zwecke des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes, sondern zur Herbeiführung der Erfüllung eines nach Ansicht des Klägers schon vorher rechtsbeständig geschlossenen Vertrages erfolgte, auch die Beklagte nach dem eigenen Anführen des Klägers alsbald erwiderte, daß sie mit ihm keinerlei Verabredung getroffen habe. Dazu tritt die Erwägung, daß die sofortige Erklärung des Klägers über die Annahme der ihm von Adolf O. erteilten Zusicherung erforderlich war, um die Übereinstimmung des auf Herbeiführung einer Schenkung gerichteten Willens der Parteien äußerlich erkennbar zu machen. Nach dem Sachverhalte bleibt es immerhin zweifelhaft, ob Adolf O. bei der im November 1888 stattgehabten Unterredung mit dem Kläger wirklich die Absicht hatte, diesem gegenüber eine Ver-

bindlichkeit zur Schadloshaltung zu übernehmen. Entfernte sich nun der Kläger, ohne die angebliche Zusage ausdrücklich anzunehmen, so darf sich die Beklagte darauf berufen, daß ihrem Teilhaber keine Gelegenheit geboten worden sei, gegen die mißverständliche Auffassung seiner Äußerungen durch den Kläger Verwahrung einzulegen. Erklärte dagegen der Kläger jenen Äußerungen gegenüber noch vor seinem Weggange, daß er durch die Zusicherungen des Adolf O. zufriedengestellt sei und nicht schon am anderen Tage kommen werde, um sein Geld zu holen, so mußte der genannte Teilhaber der beklagten Firma daraus entnehmen, daß der Kläger das streitige Versprechen als ein rechtsgeschäftliches betrachte, und es war dann der erst im Februar 1889 erfolgte Widerspruch gegen die Ernstlichkeit des Verpflichtungswillens nicht zu beachten.

Gleichwie über das angebliche Versprechen des Adolf O., so hat auch über dessen Annahme der Kläger nur von der Eideszuschiebung Gebrauch gemacht. Der Eid selbst kann, ohne daß es einer Zurückverweisung in die Instanz bedurfte, dem Vorbringen des Klägers entsprechend, im gegenwärtigen Urteile normiert werden und ist dem Beklagten Adolf O. alternativ mit dem Schiedseide über das Versprechen der Schadloshaltung zuzuerkennen.

Eventuell macht Revisionsklägerin geltend, daß kein Handelsgeschäft vorliege, die streitige Schenkung mithin nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes der gerichtlichen Insinuation bedurft habe, soweit solche den Betrag von 500 Solidi = $4666^2/_3$ ℳ übersteige.

Der Berufungsrichter nimmt an, daß, sofern überhaupt ein Vertrag zustande gekommen, das streitige Versprechen im Betriebe des Handelsgewerbes der Beklagten zum Zwecke der Erreichung eines geschäftlichen Vorteiles geleistet und von dem Kläger, um sich vor einem ihm aus seinen Geschäften drohenden Verluste zu schützen, gleichfalls im Betriebe seines Handelsgewerbes angenommen worden sei. Er erachtet deshalb unter Bezug auf die Artt. 273. 274. 317 Abs. 1 H.G.B. die fragliche Schenkung für ein Handelsgeschäft und die gemeinrechtliche Insinuationsvorschrift für unanwendbar.

Bei dieser Entscheidung ist ein Rechtsirrtum nicht ersichtlich.

Die Entgeltlichkeit ist nicht derart untrennbar mit dem Wesen der Handelsgeschäfte verbunden, daß in Ermangelung derselben jeder von einem Kaufmanne eingegangene Vertrag nur nach den allgemeinen

Grundsätzen über Obligationen zu beurteilen wäre. Selbst reine Liberalitätsakte, wie unentgeltliche Leihe, Depositum, Zahlungsversprechen für eine im Konkurse durch Zwangsvergleich erloschene Forderung, können ausnahmsweise den rechtlichen Charakter eines Handelsgeschäftes an sich tragen, umsomehr Schenkungen, welche zur Belohnung für geleistete Dienste im Handelsgewerbe oder zur Erreichung eines mit diesem in Zusammenhang stehenden geschäftlichen Zweckes gemacht werden.

Vgl. Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes Bd. 3 S. 496; Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 324; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 7 S. 214, Bd. 16 S. 184, Bd. 19 S. 352.

Kann hiernach die vorliegende Schenkung möglicherweise ein Handelsgeschäft sein, so greift die Vermutung des Art. 274 Abs. 1 H.G.B. Platz, zumal darüber kein Zweifel besteht, daß Adolf O. nicht bloß in seiner Eigenschaft als Teilhaber der Firma R. O. Sohn, sondern auch ohne Rücksicht auf diese seine Stellung Kaufmann ist und für die beklagte Firma gehandelt hat. Durch Gegenbeweis oder die Umstände des Falles ist aber jene Vermutung nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters nicht widerlegt worden.

Gegen die Anwendung des Art. 274 a. a. O. läßt sich auch nicht das Erkenntnis des Reichsgerichtes in

Bd. 18 Nr. 8 S. 49 der Entsch. des R.G.'s in Civils.

verwerten, da dort nur ausgesprochen wird, daß eine Schenkung auf den Todesfall im Sinne des gemeinen Rechtes, wenn sie auch thatsächlich mit dem Betriebe des Handesgewerbes der Beteiligten in Beziehung gesetzt worden sei, doch ihrer inneren Natur nach keinen handelsgewerblichen Charakter haben könne." . . .

---

6. 1. Verliert eine Entscheidung der Militärverwaltungsbehörde, durch welche ein Invalidenanspruch abgewiesen ist, den Charakter der Endgültigkeit dadurch, daß auf erneuerte Anträge des Ansprechenden weitere Erhebungen veranlaßt und Bescheide ergangen sind?

2. Sind innerhalb der gesetzlich festgestellten Fristen für die Anmeldung des Invalidenanspruches auch die ihn begründenden Dienstbeschädigungen anzugeben?

3. Ist die Entscheidung der Militärbehörde über das Vorhandensein einer Dienstbeschädigung für die richterliche Beurteilung des Invalidenanspruches maßgebend?

Reichsgesetz, betr. die Pensionierung und Versorgung der Militärpersonen, vom 27. Juni 1871 (R.G.Bl. S. 275) §§. 81—83. 114. 115c.

IV. Civilsenat. Urt. v. 12. Mai 1890 i. S. J. (Kl.) w. Militärfiskus (Bekl.). Rep. IV. 37/89.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Kläger ist auf seinen Antrag am 1. Oktober 1885 als Dreijährig-Freiwilliger in das Heer eingestellt, am 1. Juni 1886 wegen zeitiger Dienstunbrauchbarkeit zur Disposition der Ersatzbehörde entlassen und von letzterer am 2. Juni 1888 als dauernd untauglich zum Dienste im Heere und in der Marine anerkannt. Seine Entlassung erfolgte wegen „tuberkuloser Infiltration der linken Lunge," welche Krankheit nach dem Gutachten des Regimentsarztes, dem der Generalarzt beitrat, weder durch den Dienst entstanden, noch durch denselben nachweisbar verschlimmert war. Außerdem war der Kläger vom 21. Januar 1886 ab im Lazarette wegen einer Verletzung am Kniee behandelt, welche er sich beim dienstlichen Voltigieren zugezogen haben wollte, was indes seitens seiner militärischen Vorgesetzten nicht anerkannt wurde. Mit dem dieserhalb vor seiner Entlassung angemeldeten Anspruche auf Gewährung der Invalidenbenefizien wurde er vom Generalkommando des betreffenden Armeekorps abgewiesen. Er erneuerte diesen Antrag am 4. Juni 1886, wobei er zu dessen Begründung als angebliche Dienstbeschädigung nur eine am 20. Januar 1886 erlittene Verletzung des rechten Kniees geltend machte. Nach erfolgten weiteren Ermittelungen beschied das preußische Kriegsministerium am 3. Juli 1886 den Kläger abschlägig, weil seine Krankheit nicht durch Dienstbeschädigung verursacht sei. Dieser Bescheid ist dem Kläger am 19. dess. Mts. behändigt. — Am 18. April 1887 beantragte sodann der Kläger von neuem bei dem gedachten Generalkommando die Erteilung des Civilversorgungsscheines unter der Angabe, daß er von seinen militärischen Vorgesetzten vielfach mißhandelt

worden sei, und nach erfolgter Ablehnung dieses Antrages wiederholte er denselben im Juni 1887. Nunmehr, und nachdem X.... wegen vorsätzlicher körperlicher Mißhandlung und vorschriftswidriger Behandlung des Klägers durch kriegsgerichtliches Urteil vom 25. Juli 1887 verurteilt war, ordnete das Kriegsministerium eine neue Untersuchung zu dem Zwecke an, um einen etwa vorhandenen ursachlichen Zusammenhang zwischen dem Leiden des Klägers und der ihm zu teil gewordenen vorschriftswidrigen Behandlung zu ermitteln. Obwohl das Gutachten der Militärärzte, welche den Kläger am 12. November 1887 untersucht hatten, die Möglichkeit solchen Zusammenhanges zugab, wurde doch, weil andere Ermittelungen zu der Annahme führten, daß der Kläger bereits beim Eintritte in den Dienst mit einem Brustleiden behaftet gewesen sei, dem Kläger durch Ministerialverfügung vom 15. Februar 1888 eröffnet, daß es bei dem ablehnenden Bescheide vom 3. Juli 1886 endgültig sein Bewenden behalten müsse, „da eine Dienstbeschädigung für die Entstehung bezw. Verschlimmerung seines Lungenleidens nicht nachgewiesen sei." Den gleichen Bescheid erhielt der Kläger auf eine nochmalige Vorstellung vom 5. April 1888 am 19. Mai dess. Js. — Im Juli 1888 hat der Kläger sodann mit dem Antrage auf Gewährung der Invalidenpension und Erteilung des Civilversorgungsscheines den Rechtsweg beschritten und den erhobenen Anspruch auf die §§. 65. 72 des Militärpensionsgesetzes vom 27. Juni 1871 gestützt. Der Beklagte hat eingewendet, daß die Klage wegen Versäumung der im §. 114 des bezeichneten Gesetzes vorgeschriebenen Frist unzulässig sei, und daß derselben überdies die nach §. 115 das. maßgebende Feststellung der Militärbehörde, daß eine Dienstbeschädigung nicht vorliege, entgegenstehe.

Der erste Richter hat auf Grund des letztgedachten Einwandes die Klage abgewiesen. Dagegen hat derselbe den Einwand der Fristversäumung nicht für durchgreifend erachtet, weil die oberste Militärbehörde durch Veranlassung einer neuen, eingehenden Untersuchung den Bescheid vom 3. Juli 1886, welcher allerdings zunächst ein endgültiger gewesen sei, dieses Charakters entkleidet habe, und deshalb erst der Bescheid vom 15. Februar 1888 als endgültige Entscheidung anzusehen sei, von deren Zustellung ab dem Kläger die — von ihm auch innegehaltene — sechsmonatige Frist zur Beschreitung des Rechtsweges offen gestanden habe.

Die hiergegen vom Kläger eingelegte Berufung ist zurückgewiesen. Der Berufungsrichter nimmt an, daß der Kläger sein Klagerecht dadurch verloren habe, daß er nicht binnen sechs Monaten nach Empfang des als endgültige Entscheidung anzusehenden Ministerialbescheides vom 3. Juli 1886 Klage erhoben habe. Diese Frist habe durch die nach deren Ablaufe angeordnete nochmalige Erörterung des Falles weder von neuem gewährt werden sollen, noch sei das Kriegsministerium zu solcher Gewährung befugt gewesen, da die Verfügung vom 3. Juli 1886 niemals außer Kraft gesetzt sei. Zwar habe der Kläger vor diesem Tage seinen Invalidenversorgungsanspruch anscheinend nur auf die Beschädigung seines Kniees gestützt, und er sei solchenfalls durch den gedachten Bescheid nur mit diesem Anspruche abgewiesen, während es sich im gegenwärtigen Prozesse auch um den Versorgungsanspruch auf Grund des Lungenleidens handele. Allein es bedürfe der Feststellung, ob Kläger vor dem 3. Juli 1886 seinen Anspruch auch auf das Lungenleiden gestützt habe, nicht, weil er verneinenden Falles solchen gemäß §. 81 des Gesetzes vom 27. Juni 1871 jetzt nicht mehr erheben könne. Hiernach hat der Berufungsrichter von der Prüfung des erstrichterlichen Abweisungsgrundes Abstand genommen. . . .

Diese Urteilsbegründung läßt eine für die Entscheidung ursachliche Rechtsnormverletzung nicht erkennen.

Anlangend den auf das Reichsgesetz vom 27. Juni 1871 (R.G.Bl. S. 275 flg.) gestützten prinzipalen Antrag des Klägers, so bestimmt §. 113 dieses Gesetzes, daß über die Rechtsansprüche auf die durch dasselbe gewährten Pensionen, Beihilfen und Bewilligungen der Rechtsweg mit den in den §§. 114—116 enthaltenen Maßgaben stattfindet, und §. 114 das. lautet:

„Vor Anstellung der Klage muß der Instanzenzug bei den Militärverwaltungsbehörden erschöpft sein. Die Klage muß sodann bei Verlust des Klagerechtes innerhalb sechs Monaten, nachdem dem Kläger die endgültige Entscheidung der Militärverwaltungsbehörde bekannt gemacht worden, angebracht werden."

Im vorliegenden Falle ist der Kläger, wie sich aus dem Erlasse des Kriegsministeriums vom 3. Juli 1886 ergiebt, bei demselben gegen die am 24. Mai dess. Js. getroffene Entscheidung des General-

kommandos des betreffenden Armeekorps, durch welche er als dienstunbrauchbar ohne Invalidenversorgung entlassen war, vorstellig geworden, ist aber, weil es an einer für seine Krankheit ursachlichen Dienstbeschädigung fehle, abschlägig beschieden worden. Daß in diesem Bescheide die endgültige Entscheidung der obersten Militärverwaltungsbehörde über die Invaliditätsansprüche des Klägers zu finden ist, unterliegt keinem Bedenken, da sie diese Ansprüche ohne jeden Vorbehalt als unbegründet abweist.

Vgl. auch die auf §. 2 des preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861 bezügliche Ausführung des preußischen Obertribunales in dessen Entsch. Bd. 61 S. 40 flg.

Da diese Entscheidung dem Kläger am 19. Juli 1886 bekannt gemacht ist, so hatte er zur Erhaltung des Klagerechtes die Klage bis zum 19. Januar 1887 anzubringen, und die unstreitige Nichtinnehaltung dieser Frist hat nach Vorschrift des Gesetzes den Verlust des Klagerechtes zur Folge gehabt. Diese Folge hat auch, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, dadurch nicht wieder beseitigt werden können, daß der Kläger nach Ablauf der gedachten Frist eine andere Entscheidung im Verwaltungswege herbeizuführen gesucht und die höchste Verwaltungsinstanz eine nochmalige Prüfung des klägerischen Anspruches vorgenommen hat. Denn diese Prüfung hat nicht zur Aufhebung oder Abänderung, sondern zur Aufrechterhaltung des Bescheides vom 3. Juli 1886 geführt, und es ist nicht ersichtlich, wie gleichwohl der lediglich auf den früheren verweisende Bescheid vom 15. Februar 1888 dem Kläger eine neue Frist zur Beschreitung des Rechtsweges hätte eröffnen können. Dies wäre nur dann annehmbar, wenn schon in der Anordnung weiterer Ermittelungen eine Außerkraftsetzung des als eines endgültigen erlassenen Bescheides vom 3. Juli 1886 zu finden wäre. Davon kann aber umsoweniger die Rede sein, als es den Verwaltungsbehörden unbenommen war, den Anspruch des Klägers auch nach eingetretenem Verluste des Klagerechtes als gerechtfertigt anzuerkennen und zu befriedigen, mithin aus dem bloßen Eingehen auf erneuerte Anträge noch nicht auf den Willen der angegangenen Behörde, ihre frühere Entscheidung zurückzunehmen, geschlossen werden darf. Überdies war, wie der Berufungsrichter zutreffend bemerkt, die Verwaltungsbehörde nicht imstande, die vom Gesetze mit ihrer ersten endgültigen Ent-

scheidung verknüpfte Rechtsfolge hinterher aufzuheben und so den Kläger gegen den erlittenen Verlust des Klagerechtes gleichsam zu restituieren. — Wenn die Revision aus dem §. 63 des angeführten Gesetzes, wonach Invaliden von kürzerer als achtjähriger Dienstzeit, bei denen eine Besserung ihres Zustandes zu erwarten steht, nicht sogleich den Anspruch auf lebenslängliche, sondern nur auf vorübergehende Versorgung haben, bis ihr Zustand ein endgültiges Urteil möglich macht, herzuleiten versucht hat, daß die fragliche Entscheidung schon um deswillen als eine endgültige nicht anzusehen sei, weil die dauernde Dienstuntauglichkeit des Klägers erst durch den Ausspruch der Ersatzbehörde vom 2. Juni 1888 festgestellt sei, so ist dies verfehlt, da der §. 63 offenbar einen an sich begründeten und anerkannten Invalidenanspruch voraussetzt und nur dessen Inhalt hinsichtlich seiner Dauer näher bestimmt, nicht aber irgend eine Norm über die Modalitäten seiner Geltendmachung aufstellt.

Im weiteren ist auch der Annahme des Berufungsrichters beizutreten, daß es nicht darauf ankommt, ob der Kläger schon vor Erlaß des Bescheides vom 3. Juli 1886 seine Ansprüche auch auf seine Lungenkrankheit gestützt hat, da er verneinenden Falles mit denselben wegen Nichtinnehaltung der gesetzlichen Fristen ausgeschlossen sein würde. Nach §. 81 Abs. 1 des Gesetzes vom 27. Juni 1871 muß derjenige, welcher einen Anspruch auf Invalidenversorgung zu haben glaubt, denselben vor der Entlassung aus dem aktiven Dienste anmelden. Von dieser Regel ist im §. 82 das. nur zu Gunsten derjenigen Unteroffiziere und Soldaten eine Ausnahme gemacht, welche erst nach ihrer Entlassung ganzinvalide und erwerbsunfähig werden; jedoch müssen auch diese, abgesehen von besonderen, hier nicht in Frage kommenden Fällen, ihren Versorgungsanspruch spätestens innerhalb sechs Monaten nach der Entlassung aus dem aktiven Militärdienste geltend machen und zu dessen Begründung nachweisen, daß die Invalidität durch eine während des aktiven Dienstes erlittene und durch dienstliche Erhebungen vor ihrer Entlassung festgestellte Dienstbeschädigung verursacht sei (§. 82 C., §. 83 Satz 1 das.). Nach dem unstreitigen Thatbestande hat aber der Kläger, wenn nicht bereits vor dem 3. Juli 1886, frühestens am 18. April 1887, mithin nach Ablauf von sechs Monaten seit seiner Entlassung sein Lungenleiden auf eine Dienstbeschädigung zurückgeführt und zur Grundlage

seines, schon vor der Entlassung aus dem Dienste erhobenen Versorgungsanspruches gemacht. Wäre daher dieser so begründete Anspruch durch den Erlaß vom 3. Juli 1886 nicht betroffen, so würde er durch Fristversäumnis ausgeschlossen und aus diesem Grunde vorliegend nicht mehr zu berücksichtigen sein. Die dem gegenüber von der Revision aufgestellte Ansicht, daß es nur auf die rechtzeitige Erhebung des Versorgungsanspruches überhaupt ankomme, und daß es solchenfalls dem Ansprechenden jederzeit — also, wie man annehmen müßte, innerhalb der ordentlichen Verjährungsfrist — freistehe, neue thatsächliche Gründe für seinen Anspruch anzugeben und zur Entscheidung der Behörden zu verstellen, ohne auch nur an die Fristen des §. 82 a. a. O. gebunden zu sein, widerspricht gleichermaßen dem mitgeteilten Inhalte sowie dem Zwecke der gedachten Gesetzesbestimmungen, durch welche man den haltlosen Bezugnahmen auf die geringsten, während der Dienstzeit vorgekommenen Leiden die unbedingt für erforderlich erachtete Grenze setzen wollte (vgl. die Motive zu §§. 81. 82 des Entwurfes, welche den §§. 82. 83 des Gesetzes entsprechen).

Übrigens würde sich, wenn in der soeben erörterten Beziehung noch irgend ein Bedenken obwalten sollte, der Klaganspruch auch aus dem vom ersten Richter für durchgreifend erachteten Grunde erledigen. Denn nach §. 115b des erwähnten Gesetzes ist die Entscheidung der Militärbehörde darüber, „ob eine Beschädigung als eine Dienstbeschädigung anzusehen ist", für die richterliche Beurteilung des streitigen Anspruches maßgebend. Als Dienstbeschädigung ist aber nach §. 59 das. — außer der Verwendung vor dem Feinde und der kontagiösen Augenkrankheit — anzusehen:

1. jede sonstige bei Ausübung des aktiven Militärdienstes erlittene äußere Beschädigung (äußere Dienstbeschädigung),
2. jede erhebliche und dauernde Störung der Gesundheit und Erwerbsfähigkeit, welche durch die besonderen Eigentümlichkeiten des aktiven Militär- bezw. Seedienstes veranlaßt ist (innere Dienstbeschädigung).

Im vorliegenden Falle hat nun das Kriegsministerium das Vorhandensein einer Dienstbeschädigung sowohl als Ursache des Knieleidens, wie auch als Ursache des Lungenleidens auf Grund der vor-

genommenen Ermittelungen in den Bescheiden vom 3. Juli 1886 bezw. 15. Februar 1888 bestimmt verneint und damit dem Versorgungsanspruche des Klägers die gesetzliche Grundlage entzogen." ...

---

7. 1. Erlangt der von einer Eisenbahngesellschaft auf Grund eines Dienstvertrages angenommene Betriebsbeamte die Eigenschaft eines in der Betriebsverwaltung eines Bundesstaates angestellten Beamten im Sinne des §. 4 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, wenn er in seiner bisherigen Stellung in den Dienst des preußischen Staates übertritt, nachdem dieser das Eigentum der Eisenbahn erworben hat und in die von der Gesellschaft geschlossenen Dienstverträge eingetreten ist?

2. Unter welchen Voraussetzungen ist in diesem Falle anzunehmen, daß die Anstellung mit Pensionsberechtigung erfolgt ist?

VI. Civilsenat. Urt. v. 12. Mai 1890 i. S. M. (Kl.) w. Preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. VI. 45/90.

I. Landgericht Nordhausen.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Gründe:

„Der Kläger ist am 9. Dezember 1886 als Wagenwärter im Dienste des Beklagten bei dem Eisenbahnbetriebe auf der Strecke Halle-Kassel körperlich verletzt worden. Auf Grund des Haftpflichtgesetzes verlangt er jetzt von dem Beklagten, als dem Betriebsunternehmer der betreffenden Eisenbahn, Ersatz des ihm durch die Verletzung entstandenen Schadens.

Während die erste Instanz der Klage stattgab, hat das Berufungsgericht abweisend erkannt und seine Entscheidung darauf gestützt, daß der Kläger einen Anspruch aus dem Haftpflichtgesetze nicht herleiten könne, vielmehr nur nach Maßgabe der Unfallversicherungsgesetze vom 6. Juli 1884 und 28. Mai 1885 Schadensersatz zu fordern habe, da er als Staatsbeamter im Sinne des §. 4 des Gesetzes vom 6. Juli 1884 nicht anzusehen und, selbst wenn dies der Fall wäre, doch keinesfalls mit Pensionsberechtigung angestellt gewesen sei.

Die so motivierte Abweisung der Klage kann für gerechtfertigt nicht erachtet werden.

Nachdem der Kläger schon im Jahre 1869 als Bahnhofsarbeiter in den Dienst der Magdeburg-Köthen-Halle-Leipziger Eisenbahngesellschafe eingetreten war, schloß das Direktorium dieser Gesellschaft unter dem 18./24. März 1873 mit ihm einen Dienstvertrag ab, dessen Inhalt bei der Berufungsverhandlung vorgetragen und vom Vorderrichter in Bezug genommen ist. In diesem Vertrage wurde festgesetzt, daß der zum Bahnhofsarbeiter bezw. Bremser auf Station Nordhausen bestimmte Kläger Beamter der Gesellschaft werde und als solcher den ihm übertragenen Dienst gewissenhaft zu erfüllen, die Instruktionen zur Richtschnur sich gereichen zu lassen und alle Befehle seiner Vorgesetzten unweigerlich zu befolgen habe. Dem Direktorium wurde sodann die Befugnis vorbehalten, den Kläger nach anderen Stellen oder anderen Orten zu versetzen, Ordnungsstrafen über ihn mit Ausschluß des Rechtsweges zu verhängen und ihn bei gewissen Pflichtverletzungen sofort seines Dienstes zu entlassen. Im übrigen wurde für beide Teile eine vierwöchentliche Kündigungsfrist vereinbart, dem Kläger ein jährliches Diensteinkommen von 600 ℳ zugesichert und ihm, als „angestelltem Beamten", die Verpflichtung auferlegt, der für die Beamten der Magdeburg-Leipziger Eisenbahngesellschaft bestehenden Pensions- und Witwenkasse beizutreten.

In seiner Stellung als Bremser hatte sodann der Kläger, wie das Berufungsgericht als feststehend annimmt, auch bahnpolizeiliche Funktionen zu verrichten und mit Rücksicht auf diese Funktionen einen Diensteid abgeleistet.

Daß hiernach der Kläger, solange er im Dienste der gedachten Eisenbahngesellschaft stand, nicht bloß ein einfacher Arbeiter war, sondern die Eigenschaft eines Betriebsbeamten der Gesellschaft, wenn auch nicht eines mittelbaren Staatsbeamten, hatte, erscheint unbedenklich und wird auch vom Vorderrichter anerkannt.

Als später zufolge des Vertrages vom 4. März 1876 (Pr.G.S. S. 154 flg.) die Bahnstrecke Halle-Kassel in das Eigentum des Beklagten überging, erhielt der Kläger ein — ebenfalls in der Vorinstanz vorgetragenes — Schreiben vom 21. Juni 1876, durch welches er von dem Betriebsdirektor zu Nordhausen im Auftrage der Eisenbahndirektion zu Frankfurt a./M. benachrichtigt wurde, daß er seiner Zu-

stimmung zufolge vom 1. Juli 1876 ab in seiner bisherigen Dienst-eigenschaft ohne Änderung in seinen bisherigen Engagements- und Gehaltsverhältnissen in das Ressort der Eisenbahn Halle-Münden übertrete.

Der Ansicht des Klägers, daß hierin seine Anstellung als Beamter in der staatlichen Betriebsverwaltung zu finden sei, tritt das Berufungsgericht mit folgender Ausführung entgegen. Die Eigenschaft eines Staatsbeamten könne nur erlangt werden durch den staatsrechtlichen Akt der Anstellung in einem Amte, sei es durch das Staatsoberhaupt selbst, sei es durch eine nach Maßgabe der Gesetze hierfür zuständige Behörde. In dem Schreiben vom 21. Juni 1876 sei ein solcher Akt nicht enthalten, vielmehr nur die Benachrichtigung, daß der Beklagte der von ihm in §. 5 des Vertrages vom 4. März 1876 übernommenen Verpflichtung gemäß an Stelle der Eisenbahngesellschaft in den von dieser mit dem Kläger abgeschlossenen Dienstvertrag eingetreten sei. Danach gründe sich das Verhältnis des Klägers zum Staate auf einen rein privatrechtlichen Vertrag. Da aber der zwischen den Parteien zustande gekommene Vertrag die früheren Dienstverhältnisse des Klägers ausdrücklich aufrechterhalten habe, und der Kläger, solange er im Dienste der Eisenbahngesellschaft stand, nur Betriebsbeamter und nicht Staatsbeamter gewesen sei, so könne er die Eigenschaft eines Staatsbeamten auch dadurch nicht erworben haben, daß er seine vertraglichen Dienstleistungen nicht mehr der Gesellschaft, sondern dem Staate gewährte, wie ja auch bei der Staatseisenbahnverwaltung zwischen Betriebsbeamten und Staatsbeamten zu unterscheiden sei.

Diese Ausführung beruht nach verschiedenen Richtungen auf rechtsirrtümlichen Anschauungen.

Das Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juni 1884 (R.G.Bl. S. 69) bezieht sich seinem §. 1 zufolge nicht bloß auf Arbeiter, sondern auch auf Betriebsbeamte, sofern deren Jahresarbeitsverdienst 2000 ℳ nicht übersteigt, wogegen es gemäß §. 4 keine Anwendung findet auf Beamte, welche in Betriebsverwaltungen des Reiches, eines Bundesstaates oder eines Kommunalverbandes mit festem Gehalte und Pensionsberechtigung angestellt sind. Keineswegs besteht hiernach der von dem Vorderrichter aufgestellte Gegensatz zwischen „Betriebsbeamten" und „Staatsbeamten". Denn auch der §. 4 setzt Betriebsbeamte voraus und schließt

nur bestimmte Klassen derselben — nämlich die nicht in Privatbetrieben, sondern in den speziell bezeichneten öffentlichen Betriebsverwaltungen mit festem Gehalte und Pensionsberechtigung angestellten — von der Unfallversicherung aus (vgl. auch §. 4 Abs. 2 des Ausdehnungsgesetzes vom 28. Mai 1885 — R.G.Bl. S. 159).

War also der Kläger Betriebsbeamter im Dienste der Magdeburg-Köthen-Halle-Leipziger Eisenbahngesellschaft gewesen, und ist er als Betriebsbeamter in den Dienst des Beklagten übergetreten, so läßt sich ihm die Beamteneigenschaft im Sinne des §. 4 des Gesetzes vom 6. Juli 1884, falls dessen Voraussetzungen im übrigen vorliegen, nicht absprechen, auch wenn dem Umstande, daß der Kläger als Bremser im Dienste des Staates, wie vorher im Dienste der Gesellschaft, bahnpolizeiliche Funktionen zu erfüllen hatte, kein Gewicht beizulegen wäre.

Anwendbar wird nun allerdings der §. 4 a. a. O. nur dann, wenn der Kläger als Beamter in der Betriebsverwaltung des preußischen Staates auch wirklich angestellt war. Daß solche Anstellung erfolgt sei, glaubt das Berufungsgericht deshalb verneinen zu müssen, weil der Kläger von der Eisenbahngesellschaft auf Grund eines Dienstvertrages als Betriebsbeamter angenommen war, und der Beklagte später in das hierdurch begründete kontraktliche Verhältnis als Gegenkontrahent des Klägers eingetreten ist. Allein die Existenz eines Dienstvertrages, durch welchen die vermögensrechtlichen Ansprüche und die besonderen Dienstpflichten des Klägers zunächst der Eisenbahngesellschaft und sodann dem Staate gegenüber festgesetzt wurden, ist mit der Annahme, daß Kläger vom Staate als Beamter angestellt worden, keineswegs unvereinbar. Mit Unrecht beruft sich das Gericht für seine entgegengesetzte Ansicht auf den §. 31 der — übrigens erst nach der Aufnahme des Klägers in den Staatsdienst erlassenen — organisatorischen Bestimmungen über die Staatseisenbahnverwaltung vom 24. November 1879 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1880 S. 84). Denn der §. 31 a. a. O. unterscheidet nicht, wie der Vorderrichter es darstellt, zwischen den in einer etatsmäßigen Stelle angestellten und den mittels Dienstvertrages angenommenen Beamten, er beginnt vielmehr mit dem Satze:

„Die Anstellung der Beamten im Staatseisenbahndienste erfolgt mittels Verleihung einer etatsmäßigen Beamtenstelle oder mittels Dienstvertrages im diätarischen Verhältnisse" —

und nennt dann unter den Beamten, welche mittels Dienstvertrages im diätarischen Verhältnisse angestellt werden, besonders auch die Bremser. Damit ist nicht bloß anerkannt, daß ein Vertragsverhältnis zwischen dem Staate und dem Beamten dem Begriffe der Anstellung nicht widerspricht, sondern zugleich ausgesprochen, daß die Anstellung durch den Abschluß des Dienstvertrages selbst erfolgen kann.

Auch der in der Vorentscheidung angezogene Beschluß des vormaligen preußischen Obertribunales vom 16. Februar 1859 (J.M.Bl. S. 106) steht der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zur Seite, sondern entgegen. Es wird dort allerdings gesagt, daß die Beamten der Oberschlesischen Eisenbahngesellschaft, um welche es sich damals handelte, ursprünglich die Eigenschaft als Staatsdiener nicht gehabt und diese Eigenschaft auch nicht durch den Vertrag erhalten haben, durch welchen die Verwaltung und der Betrieb des oberschlesischen Eisenbahnunternehmens auf den Staat übergegangen sei. Dagegen wird betont, daß bei oder nach dem Übergange die bisher bei der Gesellschaft angestellten Beamten in den Staatsdienst übernommen werden konnten, und daß hierin keine rechtliche Unverträglichkeit liege, daß aber denjenigen Beamten, rücksichtlich deren solches stattgefunden, sowie den seitens des Staates als Staatsdiener neu angestellten Beamten unzweifelhaft auch die Eigenschaft als Staatsdiener beigelegt werden müsse.

Im vorliegenden Falle hat nun die Übernahme des Klägers als Betriebsbeamter in den Staatsdienst ausweislich des Schreibens vom 21. Juni 1876 durch den hierzu von der Eisenbahndirektion beauftragten Betriebsdirektor auf Grund des früher errichteten Dienstvertrages stattgefunden. Mit dieser Übernahme wurde der Kläger von der hierfür unbedenklich zuständigen Behörde zu einer dauernden Thätigkeit im Dienste des Staates und für staatliche Zwecke unter öffentlicher Autorität berufen und dadurch als Beamter in der Betriebsverwaltung des preußischen Staates angestellt, ohne daß es hierzu einer ausdrücklichen Hervorhebung des Beamtenverhältnisses oder der Zufertigung einer besonderen Bestallungsurkunde bedurfte.

Wie er infolge der mit seiner Zustimmung geschehenen Übernahme in den Staatsdienst die Pflichten eines Beamten nicht mehr einer Privateisenbahngesellschaft, sondern dem Staate gegenüber zu erfüllen hatte, so erwarb er auf der anderen Seite auch alle aus dem Beam-

tenverhältnisse erwachsenden Rechte gegenüber dem Staate, soweit nicht in dem Dienstvertrage selbst oder bei der Übernahme abweichende Vereinbarungen getroffen waren, was nach den Feststellungen des angefochtenen Urteiles nicht der Fall ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 105 sowie die mit Bezug auf §. 359 St.G.B.'s ergangenen Urteile der Strafsenate: Entsch. des R.G.'s in Strafs. Bd. 4 S. 214, Bd. 5 S. 337, Bd. 9 S. 189, Bd. 16 S. 378; Laband, Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 404 flg. 420 flg.; v. Rönne, Preuß. Staatsrecht Bd. 3 S. 406 flg.

Hiernach kann es sich, da der Kläger unstreitig ein festes Gehalt von dem Beklagten zu beanspruchen hatte, für die Anwendung des §. 4 des Unfallversicherungsgesetzes nur noch um die Frage handeln, ob nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß der Kläger mit Pensionsberechtigung angestellt war. Diese Frage läßt sich nach der zutreffenden Ausführung des Berufungsgerichtes nicht schon deshalb bejahen, weil dem Kläger in seiner Eigenschaft als Mitgliede der Pensions-, Witwen- und Waisenkasse für die Beamten der Magdeburg-Köthen-Halle-Leipziger Eisenbahngesellschaft ein in dem Statute dieser Kasse näher bestimmtes Pensionsrecht zustand, und der Beklagte sich in dem Übernahmevertrage vom 4. März 1876 verpflichtet hat, für die den Beamten der Gesellschaft an die gedachte Kasse zustehenden Ansprüche aufzukommen. Wie das Reichsgericht bereits in seinem Urteile vom 18. März 1889 i. S. K. w. Preuß. Eisenbahnfiskus, Rep. VI. 2/89 (teilweise abgedruckt in der Jurist. Wochenschrift 1889 S. 174 Nr. 26) dargelegt hat, kann unter „Pensionsberechtigung" in dem §. 4 a. a. O. nur ein dem Beamten unmittelbar gegen den Staat — auf Grund des Gesetzes, vielleicht auch auf Grund besonderer vertragsmäßiger Zusicherung — zustehendes Pensionsrecht verstanden und nicht angenommen werden, daß unter den pensionsberechtigten Beamten auch solche zu verstehen seien, welche aus einer für sie besonders eingerichteten, auf Beiträgen der Mitglieder und des Unternehmers beruhenden Kasse Pension zu beanspruchen haben. Der Umstand, daß die statutenmäßige Pension jetzt von dem Beklagten den Kassenmitgliedern zu gewähren ist, kann nicht die Folge haben, daß ein lediglich auf der Mitgliedschaft und dem Kassenstatute beruhender Anspruch die rechtliche Bedeutung einer „Pensionsberechtigung" im gesetzlichen Sinne erlangen sollte.

Nicht genügend beachtet ist aber von dem Vorderrichter die Möglichkeit, daß der Kläger neben seinem statutenmäßigen Pensionsanspruche durch seine Anstellung im Staatsdienste eine gesetzliche Pensionsberechtigung erworben haben konnte. Eine solche Berechtigung erlangte er als ein unter dem Vorbehalte der Kündigung angestellter Beamter gemäß §. 2 des preußischen Pensionsgesetzes vom 27. März 1872 (G.S. S. 268) ohne weiteres, sofern er eine in den Besoldungsetats aufgeführte Stelle bekleidete. Wie für diesen Fall die Höhe der dem Kläger zu gewährenden Pension zu berechnen wäre, ob Kläger nur die statutenmäßige oder neben derselben vielleicht auch die gesetzliche Pension beanspruchen könnte, darf unerörtert bleiben. Denn jedenfalls muß, worum es sich hier nur handelt, im Sinne des §. 4 des Gesetzes vom 6. Juli 1884 als „mit Pensionsberechtigung angestellt" derjenige Staatsbeamte angesehen werden, welchem eine nach den maßgebenden Landesgesetzen mit dem Pensionsanspruche verbundene amtliche Stellung verliehen ist, ohne daß es darauf ankommen kann, aus welchen Fonds die Mittel zur Befriedigung seines gesetzlichen Pensionsanspruches vom Staate entnommen werden. In dem Berufungsurteile ist nun freilich bemerkt, daß der Kläger, wie unstreitig sei und sich auch aus den überreichten Schriftstücken ergebe, lediglich gegen die Pensionskasse für die Beamten der Eisenbahngesellschaft Anspruch auf Pension habe. Dabei hat indessen der Vorderrichter keine Rücksicht darauf genommen, daß vom Kläger ausweislich des in Bezug genommenen landgerichtlichen Thatbestandes ausdrücklich behauptet war, daß seine Stelle im Etat der Bahnverwaltung aufgeführt sei. Wäre die Richtigkeit dieser vom Beklagten bestrittenen Behauptung nachzuweisen, — und das Gegenteil steht nicht fest, — so würde daraus nach dem vorher Gesagten der Schluß zu ziehen sein, daß der Kläger in einer Betriebsverwaltung des preußischen Staates nicht bloß mit festem Gehalte, sondern auch mit Pensionsberechtigung angestellt war, also zu den Beamten gehörte, auf welche die Unfallversicherungsgesetze vom 6. Juli 1884 und 28. Mai 1885 keine Anwendung finden.

Nach dieser Richtung liegt die Sache hier anders als bei dem oben erwähnten Urteile in S. K. w. Fiskus. Dort war die Frage, ob dem Verunglückten ein gesetzliches Pensionsrecht zugestanden, von dem Berufungsgerichte ebenfalls nicht ausdrücklich erörtert worden,

es konnte aber in der Revisionsinstanz ausgesprochen werden, daß die in §. 2 des Gesetzes vom 27. März 1872 bezeichnete Voraussetzung des gesetzlichen Pensionsanspruches bezüglich des damals verunglückten Wagenschiebers von der Klägerin nicht behauptet, auch nicht ersichtlich sei, daß selbige vorhanden gewesen.

Da vorliegenden Falles das Vorhandensein der gedachten Voraussetzung ausdrücklich behauptet worden ist, mußte die unter Nichtbeachtung dieser Behauptung und unter Verletzung des §. 4 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 ergangene Vorentscheidung aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden."

---

8. Haftet, wenn in dem zum Zwecke der Errichtung einer Aktiengesellschaft geschlossenen Gründungsvertrage sämtliche Aktien von den Gründern übernommen werden, die errichtete Aktiengesellschaft für die Stempelabgabe, welche von dem betreffs der übernommenen Aktien vorliegenden Anschaffungsgeschäfte zu entrichten ist?

Gesetz, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, vom 29. Mai 1885, §. 9, Tarif 4 A. 2.

IV. Civilsenat. Urt. v. $\frac{12. \text{ Mai}}{2. \text{ Juni}}$ 1890 i. S. Preuß. Fiskus (Bekl.) w. Aktiengesellschaft Deutsche Gesellschaft für Bauunternehmungen (Kl.). Rep. IV. 22/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die klagende Aktiengesellschaft ist durch Vertrag vom 23. Oktober 1888 gegründet. Die 3000 Stück Aktien zum Nennbetrage von je 1000 ℳ, in welche das Grundkapital zerfällt, sind von den kontrahierenden Gründern übernommen. Die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister ist am 30. November 1888 erfolgt. Die Steuerbehörde, nach deren Auffassung die Übernahme der Aktien seitens der Gründer bei Gelegenheit einer Simultangründung ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft im Sinne der Nr. 4 A. 2 des Tarifes zum Gesetze vom 29. Mai 1885, betreffend die Erhebung

von Reichsstempelabgaben, darstellt, hat von der Klägerin den tarifmäßigen Schlußnotenstempel erfordert. Die Klägerin hat denselben in Höhe von 299 ℳ unter Vorbehalt entrichtet und im gegenwärtigen Rechtsstreite, indem sie der Rechtsauffassung der Steuerbehörde entgegentritt, die Rückerstattung verlangt. Beide Instanzrichter haben verurteilend erkannt. Die von dem beklagten Fiskus eingelegte Revision ist, nachdem Klägerin geltend gemacht hatte, daß, selbst wenn ein Anschaffungsgeschäft als vorliegend angenommen werde, ein Rechtsgrund, welcher sie zur Entrichtung der Stempelabgabe verpflichte, nicht bestehe, zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Berufungsentscheidung geht davon aus, daß der Vertrag vom 23. Oktober 1888 lediglich ein Gesellschaftsvertrag sei, nicht aber auch ein Anschaffungsgeschäft enthalte. Diese Annahme kann als begründet nicht anerkannt werden. Wie der IV. Civilsenat des Reichsgerichtes schon wiederholt in gleichliegenden Fällen, so in dem Urteile vom 13. Dezember 1888 i. S. des Fiskus gegen die Aktiengesellschaft Deutsche Bank zu Berlin Rep. IV. 227/88,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 22 S. 127,

und in den Urteilen vom 17. Dezember 1888 i. S. des Fiskus gegen die Norddeutsche Brauereiaktiengesellschaft zu Berlin Rep. IV. 203/88 und vom 4. Februar 1889 i. S. des Fiskus gegen die Eisengießereiaktiengesellschaft, vormals K. & Th., zu Berlin Rep. IV. 290/88 ausgeführt hat, stellt sich im Falle der Simultangründung die Vereinbarung der Gründer wegen Übernahme der Aktien der zu gründenden Aktiengesellschaft als ein zwischen den Gründern geschlossenes Anschaffungsgeschäft im Sinne des Reichsstempelabgabengesetzes dar. Durch das fragliche Abkommen werden Rechte und Pflichten jedes Kontrahenten gegen die übrigen Mitkontrahenten begründet, namentlich das Recht und die Pflicht jedes Kontrahenten, diejenigen Aktien zu übernehmen, welche nach dem Vertrage von ihm zu übernehmen waren, und dementsprechend die Pflicht der anderen Kontrahenten, ihm diejenigen Aktien zu gewähren, zu deren Übernahme er berechtigt, bezw. das Recht der anderen Kontrahenten, von ihm die Übernahme der Aktien zu fordern, zu deren Übernahme er verpflichtet war. In dem Abkommen ist der Wille der Kontrahenten, Aktien zu erwerben und zu gewähren (anzuschaffen und zu verschaffen), zum Ausdrucke

gelangt, und damit sind die Erfordernisse eines stempelpflichtigen Anschaffungsgeschäftes gegeben.

Die angefochtene Entscheidung beruht sonach auf einer Verletzung des Gesetzes. Dessenungeachtet ist dieselbe — gemäß §. 526 C.P.O. — aufrechtzuerhalten, weil sie sich aus einem anderen Grunde als richtig ergiebt.

Wie von der Revisionsbeklagten zutreffend geltend gemacht wird, fehlt es an einem Rechtsgrunde für ihre Verpflichtung zur Entrichtung der streitigen Abgabe. Nach §. 9 des Reichsstempelgesetzes sind zur Entrichtung der Abgabe verpflichtet: der Vermittler oder die Kontrahenten und bezw. der Veräußerer. Keine dieser Parteirollen nimmt aber die klagende Aktiengesellschaft ein, welche zur Zeit der Errichtung des Gründungsvertrages rechtlich noch nicht bestand, vielmehr erst durch den Gründungsvertrag ins Leben gerufen werden sollte. Verpflichtet zur Entrichtung der Stempelabgabe sind im gegebenen Falle allein die Gründer als Kontrahenten. Die Abgabe ist daher von der klagenden Aktiengesellschaft mit Unrecht gefordert, und folglich die erhobene Klage auf Rückerstattung gerechtfertigt.

Diese Entscheidung steht mit den vorerwähnten Urteilen des jetzt erkennenden Senates nicht im Widerspruche. Auch jene Urteile beruhen auf der Annahme, daß ein Anschaffungsgeschäft zwischen den Gründern geschlossen und diese die zur Entrichtung des Stempels Verpflichteten seien, indem davon ausgegangen ist, daß die hinterher durch die Aktiengesellschaft zu bewirkende Zuteilung der Aktien an die Gründer keinen Bestandteil des Anschaffungsgeschäftes bilde. In dem Rechtsstreite des Fiskus wider die Aktiengesellschaft Deutsche Bank zu Berlin Rep. IV. 227/88 gehörte die letztere, von welcher der Stempel gefordert war, zu den Gründern einer anderen neu zu gründenden Aktiengesellschaft, und in dem Urteile vom 13. Dezember 1888 ist ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich um den „bei der Simultangründung einer Aktiengesellschaft von den Gründern zu zahlenden Stempel eines Anschaffungsgeschäftes" handle. In den Fällen, auf welche sich die beiden anderen Urteile beziehen, war zwar der Stempel von den neugegründeten Aktiengesellschaften gefordert, und diese sind mit ihren Klagen auf Rückerstattung abgewiesen worden. Die Entscheidung schließt sich jedoch in ihrer Be-

gründung lediglich dem Urteile vom 13. Dezember 1888 an. Derselben liegt daher nicht die Auffassung zu Grunde, daß die Aktiengesellschaften als Mitkontrahenten oder aus anderem Grunde persönlich für die Entrichtung des Stempels verhaftet seien, und wenn daraus, daß eine solche persönliche Verpflichtung nicht besteht, kein Entscheidungsgrund entnommen worden ist, so ist dies darauf zurückzuführen, daß jener Gesichtspunkt von den klagenden Aktiengesellschaften nicht geltend gemacht, die Rückforderung der Abgabe vielmehr allein auf die Regierung, daß ein Anschaffungsgeschäft vorliege, gestützt war, und daher angenommen werden konnte, es sei bei den Klagen stillschweigend davon ausgegangen, daß die Stempelabgabe von den Aktiengesellschaften für Rechnung der allein verpflichteten Gründer gefordert und entrichtet sei und von ihnen in gleichem Sinne, also für Rechnung der Gründer, zurückverlangt werde."

---

9. Zur Auslegung des Art. 213 lit. a in Verknüpfung mit den Artt. 209 litt. b. g H.G.B. in der Fassung des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884.

I. Civilsenat. Urt. v. 17. Mai 1890 i. S. der M. R. u. J. Fabrik-Aktiengesellschaft (Kl.) w. M. N. u. H. N. (Bekl.) Rep. I. 72/89.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

N., Ne., K., R. und A. waren am 3. April 1886 als alleinige Gründer zur Bildung einer Aktiengesellschaft behufs Verwertung von Patenten auf ein verstellbares Rouleau zusammengetreten. Nach dem Statute von demselben Tage bestand das von den Gründern gezeichnete Grundkapital aus 120 000 ℳ in 120 Aktien à 1000 ℳ, und brachte N. in die Gesellschaft ein deutsches und vier ausländische Patente ein, wofür ihm 25 000 ℳ bar und 40 000 ℳ in Aktien, in Summa 65 000 ℳ vergütet wurden. In dem sog. Gründerberichte (Art. 209 g H.G.B.) wurde angegeben, daß N. das inländische Patent für 12 500 ℳ, die ausländischen für 38 500 ℳ, in Summa für 51 000 ℳ, erworben habe, der ihm bewilligte Preis von 65 000 ℳ aber angemessen

erscheine. In Wahrheit hatte N. die ausländischen Patente nur für 16 500, alle Patente also für 29 000 ℳ erworben, wollte auch nur 14 000 ℳ beim Einbringen verdienen, hatte aber mit Ne., der wußte, daß N. die Patente für 29 000 ℳ erworben, hinter dem Rücken der Mitgründer einen Separatvertrag am Tage der Unterzeichnung des Statutes der Aktiengesellschaft geschlossen, in welchem er sich verpflichtet, dem Ne., wenn die Aktiengesellschaft zustande komme, 21 000 ℳ aus der auf 65 000 ℳ zu verabredenden Vergütung zukommen zu lassen. Nachdem die Aktiengesellschaft auf Grund des Statutes und des Gründerberichtes eingetragen worden, aber bereits im März 1888 in Konkurs verfallen war, klagte der Verwalter der Konkursmasse gegen N. und Ne. auf Schadensersatz durch Zahlung von 65 000 ℳ event. Zahlung von 25 000 ℳ und Herausgabe von 40 Stück Aktien, oder doch Zahlung von 22 000 ℳ. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen, in zweiter Instanz, weil sich eine gegen Artt. 209 b. 213 a H.G.B. verstoßende Festsetzung von Gründervorteilen aus dem besonderen Hergange bei der Gründung nicht ergebe, aus den falschen Angaben im Gründerberichte aber ein Schadensersatzanspruch, so wie er erhoben, sich nicht herleiten lasse, da man den wirklichen damaligen Wert der Patente nicht kenne, auch nicht erhelle, ob nicht auch bei richtigem Berichte die Eintragung erfolgt wäre, eine Beschädigung der Aktiengesellschaft deshalb überhaupt nicht dargethan sei.

Auf die Revision des Klägers ist das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus nachstehenden

Gründen:

... „Die in dem Berufungsurteile enthaltene Entscheidung, daß schon bei der Erhebung der vorliegenden Klage die letztere nicht etwa nur als Klage auf Rescission des in Bezug auf die Übernahme der Patente eingegangenen Rechtsverhältnisses wegen eines für die Konstituierung dieses Rechtsverhältnisses ursachlichen Betruges angestellt sei, sondern auch als Anspruch auf Entschädigung wegen Vermögensbeschädigung durch ein unerlaubtes Verhalten, sowie als Klage auf Grund der Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches in der Fassung des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884, Artt. 209 lit. b. lit. g und Art. 213 a, erscheint zutreffend, ist auch nach der Norm des §. 242 C.P.O. nicht anfechtbar. Das Berufungsurteil muß daher auch dann aufgehoben werden, falls es sich herausstellt, daß die Abweisung

der Rescissionsklage (sei es auch aus anderen Gesichtspunkten als den in jenem Urteile geltend gemachten) an sich begründet sei, dagegen die Abweisung der anderen vorstehend gekennzeichneten Klagen auf Gesetzesverletzung beruhe. . . .

Es ist ganz richtig, daß die Aktiengesellschaft die Aufhebung des die Übernahme der Patente betreffenden Rechtsverhältnisses gegen den Mitbeklagten N. schon deswegen nicht verfolgen kann, weil ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und N. in Bezug auf diese Patente durch Einlage auf das Grundkapital der Aktiengesellschaft seitens des N. oder entgeltliche Überlassung dieser Patente durch N. als von der Aktiengesellschaft zu übernehmende Vermögensstücke nicht begründet ist. Es ist ferner (obwohl der Standpunkt, auf welchem sich die sonstigen Ausführungen des Berufungsurteiles über die Unzulässigkeit der Aufhebungsklage gegen N. und Ne. bewegen, nicht haltbar erscheint) doch diese Unzulässigkeit aus einem anderen Gesichtspunkte zu bejahen.

Der Standpunkt, auf welchem sich jene sonstigen Ausführungen des Berufungsurteiles bewegen, ist deswegen ein verfehlter, weil es sich in dem vorliegenden Rechtsstreite keineswegs um die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Beklagten N. und Ne. einerseits, zu denjenigen anderen Personen, welche ebenfalls die Urkunde vom 3. April 1886 unterzeichnet haben (dem K., R., A.), andererseits in bezug auf ein zwischen ihnen bestehendes, vertragsmäßig begründetes Rechtsverhältnis handelt, in welchem die beiden ersteren als diejenigen in Betracht kämen, welche die drei letzteren (oder doch einen oder den anderen derselben) in der für den Willen, den betreffenden Vertrag abzuschließen, ursachlichen Weise getäuscht oder beschädigt hätten, sondern um das Rechtsverhältnis des N. und Ne. zu derjenigen Aktiengesellschaft, deren Simultangründung die in der Urkunde vom 3. April 1886 enthaltenen Abmachungen bezweckten, und welche durch die Eintragung in das Handelsregister als solche zum Bestehen gelangt ist und zugleich die in der Urkunde vom 3. April 1886 enthaltenen Stipulationen als Bestimmungen ihres Statutes erhalten hat, während dieses Ergebnis (anzeiglich) dadurch erwirkt worden ist, daß diejenigen Personen, welchen gesetzlich die Funktion oblag, den ganzen Thatbestand der Gründung, insbesondere auch die Voraussetzungen der Konstituierung des Rechtsverhältnisses bezüglich der Übernahme der Patente

seitens der zu errichtenden Aktiengesellschaft, sowie die für den Gesamtaufwand, welcher zu Lasten dieser zu errichtenden Aktiengesellschaft als Entschädigung oder Vergütung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt worden sei, relevanten Momente des Gründungsvorganges zu prüfen, seitens des N. und des Ne. durch Unterdrückung von in den gekennzeichneten Beziehungen relevanten Thatsachen und durch Aufstellung positiv unwahrer Behauptungen getäuscht waren.

Für die Beurteilung der Frage, ob die bestehende Aktiengesellschaft berechtigt sei, ihr (in dieser Weise hervorgerufenes) Rechtsverhältnis in bezug auf die Übernahme der Patente aufzulösen, ist es gleichgültig, ob der Mitgründer K. bei der Unterzeichnung der Urkunde vom 3. April 1886 Kenntnis von den wirklichen in Betracht kommenden Vorgängen gehabt habe, sowie ob R. und A. bei etwaiger Unkenntnis von jenen wirklichen Vorgängen doch in bezug auf ein eigenes Vermögensinteresse nicht geschädigt worden seien. Es ist indessen bei den konkreten Umständen des vorliegenden Falles die Klage auf Rescission des ganzen, die Übernahme der Patente betreffenden Rechtsverhältnisses der Aktiengesellschaft der letzteren ... nicht für zustehend zu erachten, weil mit Durchführung der Rescission die Aktiengesellschaft die wesentlichen Grundlagen ihrer eigenen Entstehung rückwärts zerstören würde. Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers ist die Aktiengesellschaft gegründet und besteht, um gerade jene Patente andauernd zu verwerten.

Die Untersuchung, ob jeder Aktiengesellschaft, welche infolge einer Simultangründung entstanden ist, prinzipiell das Recht zu versagen sei, die Aufhebung irgend welchen (in der von den Simultangründern unterzeichneten Urkunde, deren Inhalt demnächst Inhalt des Aktiengesellschaftsstatutes geworden ist, im voraus geregelten) Rechtsverhältnisses, welches die Übernahme vorhandener oder herzustellender Vermögensstücke seitens der Aktiengesellschaft und namentlich eine nicht in barem Gelde zu leistende Einlage eines Aktionärs auf das Grundkapital zum Gegenstande hat, klagend zu verfolgen, braucht in dem gegenwärtigen Urteile nicht durchgeführt zu werden, weil im konkreten Falle der besondere, vorstehend geltend gemachte Gesichtspunkt genügt, um die Klage auf Aufhebung der Übernahme der Patente als unzulässig zu qualifizieren.

... Die anderweite Verhandlung über den Klaganspruch auf Ersatz des Betrages der nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommenen Gründervergütung und des sonstigen Schadens, welchen die Beklagten durch ihr Verhalten als Gründer bis zur Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister, namentlich durch die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der in dem Art. 213a in Verknüpfung mit Artt. 209 lit. b und lit. g H.G.B. in der Fassung des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884 gekennzeichneten Angaben und Festsetzungen, sowie durch ihr (den eigenen Nutzen in Widerstreit mit dem Interesse der zu errichtenden Aktiengesellschaft erstrebendes) eigennütziges bösliches Gebaren der Aktiengesellschaft zugefügt haben, ist aber aus mannigfachen Gründen notwendig.

(Hier folgt zunächst die Darlegung der prozessualen Verstöße, dann heißt es weiter:)

... Das Berufungsurteil beruht schließlich nicht nur auf den vorstehend klargelegten Verletzungen von Normen des Prozeßrechtes, sondern trotz der wenig eingehenden Auslegung der mehrerwähnten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in der Fassung des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884 klar ersichtlich auf einer rechtsirrigen Auslegung des Art. 213a in Verknüpfung mit den Artt. 209 lit. b und lit. g a. a. O. Diese Gesetzesnormen sind in dem Revisionsurteile des II. Strafsenates des Reichsgerichtes vom 2. Oktober 1888 Rep. 1665/88 in der Strafsache gegen N. und Ne.[1] einer wohlbegründeten, insoweit diese Normen für die damals in Frage stehende Anwendbarkeit des Art. 249 lit. a Nr. 1 a. a. O. auf das Verhalten der damals Angeklagten, jetzt Beklagten, in den Kreis der Betrachtung zu ziehen waren, erschöpfenden Auslegung unterzogen worden. Namentlich ist in jenem Revisionsurteile die in der Doktrin vertretene verfehlte Annahme, daß die Nichterfüllung der den Gründern in dem Art. 209 lit. g auferlegten Pflichten die strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß Art. 249 lit. a Nr. 1 nicht erzeuge, eingehend widerlegt worden. Die in dieser Beziehung dort geltend gemachten (hierdurch in Bezug genommenen und gebilligten) Erwägungen sind auch dafür entscheidend, daß nach dem Reichsgesetze vom 18. Juli 1884,

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Strafs. Bd. 18 S. 105. D. E.

wie dessen geschichtliche Voraussetzung, Zweck, systematische Gliederung und Fassung, wobei namentlich der Inhalt des Art. 209 lit. h des Gesetzes von dem erheblichsten Gewicht ist, ergeben, die in dem Art. 213 lit. a geregelte civilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer auch dann eintritt, wenn sich die Gründer nicht in der ihnen durch die Norm des Art. 209 lit. g zur Pflicht gemachten Weise verhalten. Diese Interpretation des Gesetzes steht auch in vollem Einklange mit dem Inhalte der in den Stadien der legislativen Vorarbeiten bei der Beratung des Gesetzentwurfes abgegebenen Erklärungen. Es geht ferner schon aus der Fassung des Art. 213 lit. a (für sich und in Verknüpfung mit den vorerwähnten sonstigen Erkenntnisquellen seiner Bedeutung) hervor, daß zur Begründung des Anspruches der bestehenden Aktiengesellschaft gegen Gründer auf Ersatz des Betrages einer Gründervergütung, welche in den nach Vorschrift des Gesetzes dem Antrage auf Eintragung in das Handelsregister beizufügenden und vorher den im Gesetze bezeichneten Prüfungspersonen vorzulegenden Schriften nicht ersichtlich gemacht ist, keine weitere Behauptung wesentlich ist, als daß die betreffende Vergütung wirklich gewährt und in jenen Schriften nicht ersichtlich gemacht sei.

Dadurch, daß in dem Berufungsurteile dem Kläger in bezug auf diesen Ersatzanspruch eine weitere Behauptungs- und Klarlegungslast auferlegt worden ist, beruht dasselbe auf Verletzung der Artt. 209 lit. b, lit. g. 213 lit. a des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884.

Es verletzt schließlich die Annahme des Berufungsurteiles, daß Kläger den betreffenden Ersatz nur in der Rückgabe eines entsprechenden Teiles der für die Patente gewährten (nunmehr ganz wertlosen) Aktien beanspruchen dürfe, sowohl Normen des Prozeßrechtes durch Verstoß im Sinne der §§. 513 Nr. 7. 516 Nr. 3 C.P.O., als auch die vorerwähnten Normen des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884. Es ist dabei zunächst außer acht gelassen, daß zu Lasten der zu errichtenden Aktiengesellschaft für jene Patente nicht nur 40 Aktien à 1000 ℳ zum Nennwerte an Zahlungsstatt gegeben und angenommen, sondern auch 25 000 ℳ bar gezahlt sind; indessen, selbst wenn die Voraussetzung richtig wäre, daß nur Aktien gewährt worden seien, wäre es rechtsirrig, in der Rückgabe inzwischen ganz wertlos gewordener Aktien den Ersatz im Sinne des Gesetzes zu finden; vielmehr wäre auch dann der Ersatz des von den Interessenten selbst auf den Be-

trag des Nennwertes der Aktien geschätzten Betrages des zu Lasten der Gesellschaft wirklich hingegebenen Wertes zur maßgebenden Zeit der Hingabe (gerade wegen der zur Zeit des Ersatzes vorhandenen gänzlichen Wertlosigkeit der Aktien) in barem Gelde (als dem allgemeinen Wertmaße und Zahlungsmittel) zu leisten." . . .

---

10. Finden die Artt. 354. 356 H.G.B. auf den Forderungskauf Anwendung?

I. Civilsenat. Urt. v. 17. Mai 1890 i. S. Kl. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 131/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte hat die schriftliche Offerte des Klägers, eine für den Beklagten auf einem Berliner Hausgrundstücke eingetragene Hypothek von 2700 ℳ ihm gegen bare Zahlung von 500 ℳ abzunehmen, schriftlich acceptiert. Nach längeren Verhandlungen über die Ausführung der Cession, und nachdem Streit darüber entstanden, ob und von wann die rückständigen Zinsen der Hypothek mitzucedieren, trat der Beklagte vom Vertrage zurück, weil der Kläger die ihm gegen Barzahlung angebotene Cession abgelehnt habe. Auf die Klage auf Erfüllung durch Cession und Übergabe des Dokumentes wurde der Beklagte in beiden Instanzen verurteilt. Der Berufungsrichter stellte fest, daß der Kläger Kaufmann sei, und beurteilte deshalb die Frage, ob er sich im Verzuge befunden habe und ob der Beklagte zum Rücktritte berechtigt sei, an erster Stelle nach Artt. 354. 356 H.G.B. Auf die Revision des Beklagten ist dies Urteil aufgehoben aus nachfolgenden

Gründen:

. . . „Der Begriff des Kaufes wird in den Vorschriften des zweiten Titels im Buch 4 H.G.B. vom Kaufe vorausgesetzt. Abgesehen von dem Art. 338 bestimmt deshalb nach Art. 1 H.G.B. das Landesrecht, ob ein Rechtsgeschäft als Kaufgeschäft zu beurteilen ist. Nach §. 381 A.L.R. I. 11 finden bei der Cession gegen Entgelt die Vorschriften über Kauf und Tausch Anwendung, und da Forderungen nach §. 7

A.L.R. I. 2 rechtlich als bewegliche Sachen gelten, ist der Forderungskauf, wenn er, wie vorliegend, nach Artt. 274. 277 H.G.B. Handelsgeschäft ist, als Handelskauf anzusehen. Aber die Artt. 354. 356 H.G.B. beziehen sich nicht auf Forderungskäufe jeder Art.

Die Artt. 337—359 H.G.B. finden sich zwar unter dem allgemeinen Titel „Vom Kauf". Abgesehen vom Art. 338, welcher von „vertretbaren Sachen" spricht, wird indessen der Gegenstand des Kaufes überall als „Ware" bezeichnet. Auch im Art. 359 ist „der zu leistende Gegenstand", der in den Artt. 354. 355. 357, auf welche sich der Art. 359 zurückbezieht, als Ware bezeichnete Gegenstand. Nun mag man unter Ware in der weitesten, der „merx" des gemeinen Rechtes entsprechenden Bedeutung, mit Ausnahme von Grundstücken alles zu verstehen haben, was Gegenstand eines Kaufes wird. Aber ein innerhalb eines Rechtssystems, das ein spezifisches Handelsrecht im Gegensatze zu dem sonstigen allgemeinen bürgerlichen Rechte nicht ausgebildet hat, üblicher Sprachgebrauch kann für die Auslegung eines besonderen, für die Ordnung der Verhältnisse und Bedürfnisse des Handels bestimmten Gesetzbuches nicht entscheiden, namentlich, wenn es sich um Bestimmungen handelt, welche den Handelskauf nicht in allen seinen rechtlichen Beziehungen regeln, sondern nur in einzelnen, und zwar in solchen, die ersichtlich eine bestimmte objektive Beschaffenheit des Kaufgegenstandes zur Voraussetzung haben.

Das Handelsgesetzbuch gebraucht auch außerhalb der Artt. 337 bis 359 in einer Reihe von Vorschriften den Ausdruck „Ware" und trifft Bestimmungen für die Ware als Gegenstand von Rechtsgeschäften in Verbindung mit anderen Gegenständen. Der Art. 67 führt neben den „Waren" „Schiffe, Wechsel, inländische und ausländische Wertpapiere, Aktien und andere Handelspapiere" auf, der Art. 271 unter Nr. 1 und 2 nebeneinander „Waren oder bewegliche Sachen, Staatspapiere oder andere für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere", der Art. 273: „Waren, bewegliche Sachen und Wertpapiere", die Artt. 302 und 306: „Waren oder andere bewegliche Sachen", der Art. 376: „Waren, Wechsel und Wertpapiere". In den Artt. 309. 313 werden andererseits „bewegliche Sachen und Wertpapiere" bezw. „bewegliche Sachen und Papiere auf Inhaber und indossable Papiere" nebeneinander gestellt. Aus dieser Nebeneinanderstellung der Waren und anderer Güter ist nun zwar nicht zu folgern, daß von

dem Begriffe der Ware diese anderen Güter ausgeschlossen sind, wo das Handelsgesetzbuch, wie in den Artt. 337. 339 flg. im Titel vom Kauf, von der Ware allein spricht. Aber von entscheidender Bedeutung ist es, daß das Handelsgesetzbuch überall, wo es an den bezeichneten Stellen unter Nebeneinanderstellung und Gleichstellung von Waren, anderen beweglichen Sachen und sonstigen Gütern den Kreis der Gegenstände, auf welche seine Dispositionen sich beziehen, ersichtlich möglichst vollständig umschreibt, den Waren und anderen beweglichen Gegenstände nur solche unkörperliche Gegenstände, insbesondere Forderungsrechte, gleich behandelt, welche nach gesetzlichen Vorschriften oder unter dem Schutze der Gesetze getroffenen Einrichtungen mittels der Verbriefung eine sinnliche, für den Verkauf gleich Sachen geeignete Form und Verkörperung gefunden haben. Dadurch wird die Auffassung begründet, daß Gegenstand dieser gesetzlichen Bestimmungen nur von Natur körperliche oder in der angegebenen Weise verkörperte Güter sind. Dementsprechend hat das Reichsgericht die Artt. 306 und 309 H.G.B. auf Forderungsrechte für unanwendbar erachtet, welche nicht mit der Bedeutung einer solchen Verkörperung verbrieft sind, obwohl nach dem preußischen Landrechte solche Forderungsrechte als bewegliche Sachen und als Gegenstand eines Besitzes gelten.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 40, Bd. 17 S. 57; vgl. auch Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 9 S. 242.

In derselben Begrenzung ist der Begriff „Ware" in den Artt. 337 bis 359 H.G.B. aufzufassen, auch wenn man ihnen außer den Waren alle die Güter unterstellt, für welche an anderen Stellen des Handelsgesetzbuches dieselben Vorschriften wie für die Waren getroffen sind. Für die vertretbaren Sachen des Art. 338 versteht sich die Beschränkung auf körperliche oder im obigen Sinne verkörperte Güter von selbst. Nur bei körperlichen Gütern in solchem Sinne kann aber auch von Besicht, Probe, Muster, von Übergabe, Empfangnahme, Abnahme, Niederlegung, Aufbewahrung, von Übersendung, Transport, Untersuchung die Rede sein. Nur für sie haben die Unterscheidungen von Platz- und Distanzgeschäft, gewöhnlichem und Fixgeschäft einen verständlichen Sinn.

Die preußische Hypothek ist kein Forderungsrecht, welches durch das Hypothekeninstrument verkörpert wird, kein Wertpapier in dem

vorbezeichneten Sinne, sondern lediglich ein durch Eintragung wie durch ein Pfand gesichertes Forderungsrecht, dessen Übertragung durch Cession erfolgt, d. h. durch die Willenserklärung des Cedenten, während die Übergabe des Hypothekeninstrumentes dazu weder erforderlich ist, noch genügt.

Beziehen sich hiernach die Artt. 337 flg. H.G.B. auf den vorliegenden Forderungskauf nicht, so kommen für die hier zu entscheidende Frage lediglich die Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes zur Anwendung." . . .

---

11. Ist die Beteiligung oder Unterbeteiligung an einem behufs Emission von Wertpapieren gebildeten Konsortium als bedingtes Anschaffungsgeschäft im Sinne des §. 7 des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885 und der Tarifnummer 4 A 2 anzusehen?[1]

III. Civilsenat. Urt. v. 30. Mai 1890 i. S. der Deutschen Vereinsbank in Frankfurt a./M. (Kl.) w. den preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. III. 234/89.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Es handelt sich um die Stempelpflichtigkeit folgender Rechtsgeschäfte:

1. Die Klägerin hatte sich auf eine Offerte der Baseler Handelsbank zu Basel im Frühjahre 1887 in Höhe von 2500 Losen à 50 Frcs. an einer von der letzteren zu übernehmenden und später auch übernommenen Prämienanleihe des Kantons Freiburg im Nominalbetrage von 3 000 000 Frcs. beteiligt und ihrerseits wiederum von den übernommenen Losen geringere Quantitäten an verschiedene Bankfirmen abgelassen, und zwar, wie auf Grund der stattgehabten Beweiserhebung festgestellt worden ist, bevor sie ihrerseits ihre Beteiligung an dem Anleihegeschäfte der Baseler Handelsbank zugesichert hatte.

2. Ferner hatte sich die Klägerin auf eine Offerte desselben Bankhauses an der neuen $3^1/_2$ prozentigen Anleihe des Staates Bern, deren

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 20 S. 197 und Bd. 21 S. 65. D. E.

Emission in Höhe von 50 316 000 Frcs. die Baseler Handelsbank zu übernehmen beabsichtigte und später auch übernommen hat, in Höhe von 3 500 000 Frcs. beteiligt und einen Teil der übernommenen Obligationen wieder an eine Reihe von Unterkonsorten abgegeben, und zwar nach der Feststellung der Vorinstanzen, nachdem sie ihrerseits die Beteiligungsofferte der Baseler Handelsbank bereits angenommen hatte.

3. Endlich hat auch eine Beteiligung der Klägerin an der Konvertierung der österreichischen $4^1/_2$ prozentigen Bodenkreditpfandbriefe aus dem Jahre 1886 stattgefunden und zwar durch Vermittelung des Wiener Bankvereines. Letzterer hatte mit der privilegierten Allgemeinen Bodenkreditanstalt wegen der beabsichtigten Konvertierung deren $4^1/_2$ prozentigen Goldpfandbriefe im Nominalbetrage von ca. 25 Millionen Gulden in 4 prozentige Markpfandbriefe eine Vereinbarung getroffen und sich verpflichtet, von den für den Betrag von 15 Millionen Gulden neu auszugebenden 4 prozentigen Pfandbriefen diejenigen Stücke, welche nicht infolge der bis zum 29. Mai 1886 ausgeschriebenen Konversionsanmeldung herausgegeben würden, bis zum Betrage von 15 Millionen Mark zu übernehmen. An dem zum Zwecke der Realisierung dieses Geschäftes gebildeten Konsortium hat sich auch die Klägerin und zwar mit 25 Prozent beteiligt.

Nach der von dem Beklagten bestrittenen Behauptung der Klägerin sind die von ihr mit der Baseler Handelsbank und dem Wiener Bankvereine abgeschlossenen Konsortialverträge perfekt geworden, bevor diese Banken mit den Anleihesuchern fest abgeschlossen hatten. Eine Feststellung in dieser Beziehung ist in den Vorinstanzen nicht getroffen, da letztere diesen Umstand für unerheblich erachten.

In allen drei Geschäften, einschließlich der von der Klägerin mit ihren Unterkonsorten abgeschlossenen Verträge hat die Stempelbehörde bedingte Anschaffungsgeschäfte gesehen und demgemäß einen Stempel nach Nr. 4 A 2 des Tarifes zum Reichsstempelgesetze vom 29. Mai 1885 verlangt. Die Klägerin hat den Stempelbetrag unter Vorbehalt gezahlt und die Rückzahlung desselben in der gegenwärtig erhobenen Klage gefordert.

Durch Endurteil des Landgerichtes zu Kassel vom 26. April 1889 ist der Beklagte zur Rückzahlung derjenigen Stempelbeträge (im ganzen einer Summe von 4 ℳ) verurteilt, welche für die von der Klägerin

mit ihren Unterkonsorten bezüglich der Freiburger Anleihe abgeschlossenen Verträge erhoben sind. Im übrigen ist die Klage durch das vorausgegangene Teilurteil vom 8. März 1889 abgewiesen.

Die Klägerin erhob Berufung mit dem Antrage:

1. das angefochtene Teilurteil vom 8. März dahin abzuändern, daß Beklagter nach dem Klagantrage in Höhe von 485 ℳ mit Prozeßzinsen und in alle Kosten verurteilt werde;
2. das angefochtene Schlußurteil dahin abzuändern, daß der Beklagte in sämtliche Kosten verurteilt werde.

Der Beklagte beantragte Zurückweisung der Berufung und im Wege der Anschlußberufung:

das Urteil vom 26. April dahin abzuändern, daß die Klägerin mit der erhobenen Klage gänzlich abgewiesen und in alle Kosten verurteilt werde.

Das Berufungsgericht hat die Berufung und die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Revision erhoben.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen; auf die Revision der Klägerin ist das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Nach Tarifnummer 4 A 2 des Reichsstempelgesetzes werden mit $^1/_{10}$ vom Tausend besteuert: „Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über Wertpapiere der unter 1. 2 und 3 des Tarifes bezeichneten Art." Zu diesen Wertpapieren gehören nach Tarifnummer 2b Renten- und Schuldverschreibungen ausländischer Staaten, Korporationen, Aktiengesellschaften oder industrieller Unternehmungen und sonstige für den Handelsverkehr bestimmte ausländische Renten- und Schuldverschreibungen.

Nach §. 6 des Gesetzes ist die unter Tarifnummer 4 angeordnete Abgabe von allen im Inlande abgeschlossenen Geschäften der bezeichneten Art zu erheben. Im Auslande abgeschlossene Geschäfte unterliegen der Abgabe, wenn beide Kontrahenten im Inlande wohnhaft sind; ist nur der eine Kontrahent im Inlande wohnhaft, so ist die Abgabe nur im halben Betrage zu entrichten. Als im Auslande abgeschlossen gelten auch solche Geschäfte, welche durch briefliche oder telegraphische Korrespondenz zwischen einem Orte des Inlandes und

einem Orte des Auslandes zustande gekommen sind. Aus dem §. 7 des Gesetzes ist hervorzuheben, daß bedingte Geschäfte in betreff der Abgabepflicht als unbedingte gelten, und daß nach Abs. 3 das., wenn das Geschäft von einem Kommissionär (Art. 360 H.G.B.) abgeschlossen ist, die Abgabe sowohl für das Geschäft zwischen dem Kommissionär und dem Dritten, als auch für das Abwickelungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten zu entrichten ist.

Da es sich unbestritten bei den vorliegenden Geschäften um Wertpapiere der in Tarifnummer 4 A 2 bezeichneten Art handelt, und der in den Vorinstanzen bezüglich einzelner der hier fraglichen Geschäfte von der Klägerin erhobene Einwand, daß dieselben nicht als Anschaffungsgeschäfte zu betrachten seien, weil es sich um eine Konversionsanleihe handle, aus zutreffenden und in dieser Instanz auch nicht weiter angefochtenen Gründen zurückgewiesen ist, so fragt es sich, ob das Berufungsgericht mit Recht die verschiedenen, hier vorliegenden Geschäfte, abgesehen von dem Unterkonsortialvertrage der Klägerin mit ihren Unterkonsorten bezüglich der Freiburger Anleihe, als stempelpflichtige Anschaffungsgeschäfte angesehen bezw. den Unterkonsortialvertrag bezüglich der Freiburger Anleihe für stempelfrei erachtet hat.

Bevor auf die einzelnen Geschäfte näher eingegangen werden kann, sind folgende allgemeine Bemerkungen vorauszuschicken:

In einem Urteile des IV. Civilsenates des Reichsgerichtes, welches in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 22 S. 127 veröffentlicht ist, wird bezüglich des Begriffes des Anschaffungsgeschäftes gesagt:

„Danach umfaßt der Begriff jedes auf den Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen gerichtete entgeltliche Vertragsgeschäft; daß der Wille auf Übertragung des Eigentumes gerichtet ist, ist nicht notwendig; dem Willen zu erwerben auf der einen Seite entspricht der Wille zu verschaffen auf der anderen; dieser Wille muß im Vertrage zum Ausdrucke gebracht sein, während die Verwirklichung dieses Willens nicht zum Geschäfte gehört."

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie der IV. Civilsenat annimmt, der Begriff des Anschaffungsgeschäftes nicht notwendig einen auf Übertragung des Eigentumes gerichteten Willen voraussetzt, da hier jedenfalls keine auf originären Eigentumserwerb gerichtete Rechtsgeschäfte in Frage stehen. Im übrigen aber wird man der hier ge-

gebenen Begriffsbestimmung unbedenklich beitreten können, einer Begriffsbestimmung, von welcher auch die Reichstagskommission ausgegangen ist, als sie bei der Beratung der zur Abänderung des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881 gestellten Anträge an die Stelle der in der Tarifnummer 4a des erwähnten Gesetzes speziell aufgeführten Verträge (Kauf-, Rückkauf-, Tausch- oder Lieferungsverträge) die allgemeinere und umfassendere Bezeichnung „Anschaffungsgeschäfte" zu setzen beschloß. Wesentlich ist hiernach, daß bei jedem Anschaffungsgeschäfte, soll anders der Thatbestand eines solchen gegeben sein, sich mindestens zwei Personen gegenüberstehen müssen, von welchen die eine die fraglichen Wertpapiere gegen Entgelt erwerben, die andere dieselben der ersteren vertragsmäßig verschaffen soll.

Wendet man diese Begriffsbestimmung auf den Fall an, wo mehrere Bankhäuser zu einem Konsortium zusammentreten um eine von einem Staate oder einer Korporation beabsichtigte Anleihe zum Zwecke der Weiterveräußerung der dafür zu empfangenden Schuldverschreibungen an Dritte zu übernehmen, so liegen, wenn der Vertrag des Konsortiums mit dem Staate oder der Korporation zum Abschlusse gelangt, zwei Rechtsgeschäfte vor, der Konsortialvertrag zwischen den Bankhäusern und der Vertrag des Staates bezw. der Korporation mit dem Konsortium. Der letztere Vertrag muß als ein Anschaffungsgeschäft bezeichnet werden. Denn wenngleich dieser Vertrag sich rechtlich zunächst als ein Darlehnsgeschäft charakterisiert, so bezweckt doch der Vertrag zugleich und wesentlich auch, daß der Staat dem Konsortium die Inhaberpapiere verschaffe, das Konsortium dieselben zu dem vereinbarten Kurse zu Eigentum erwerbe. Dagegen ist der dem Vertrage vorausgehende Vertrag unter den mehreren Bankhäusern, welcher rechtlich als die Begründung einer handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft aufzufassen ist, kein Anschaffungsgeschäft.

Die Subsumtion dieses Vertrages unter den Begriff des Anschaffungsgeschäfts ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Vertrag ein Vertrag über die Begründung einer handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft (Konto-Metageschäft) ist, denn es kann, wie sich weiter unten ergeben wird, damit zugleich ein Anschaffungsgeschäft verbunden sein, auch nicht deshalb, weil zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrages der Vertrag mit dem Staate noch nicht abgeschlossen ist, da, wenn der Vertrag zwischen den Konsorten als ein stempelpflichtiges

Anschaffungsgeschäft anzusehen wäre, die Stempelpflichtigkeit nach §. 7 des Reichsstempelgesetzes nicht dadurch aufgehoben sein würde, daß der Vertrag an die Bedingung geknüpft ist, daß der Vertrag zwischen dem Konsortium und dem Staate zum Abschlusse gelangen werde.

Der entscheidende Grund, weshalb in einem Vertrage, wie er hier unterstellt worden, ein Anschaffungsgeschäft nicht erblickt werden kann, liegt darin, daß bei einem solchen Vertrage sich nicht mehrere Personen gegenüberstehen, von welchen die eine erwerben will, die andere verschaffen soll. Alle Vertragsgenossen wollen vielmehr gemeinschaftlich (bezw. zu bestimmten Quoten) erwerben, der Dritte, der verschaffen soll, der Staat, ist an diesem Vertrage nicht beteiligt. Es ist ein Vorvertrag unter mehreren Personen über ein künftig mit einem Dritten abzuschließendes Anschaffungsgeschäft, aber nicht schon für sich ein Anschaffungsgeschäft, auch kein bedingtes, weil auch bei einem solchen eine Person am Vertrage teilnehmen muß, welche bedingt zur Verschaffung verpflichtet ist.

Es fragt sich nun weiter, ob etwas an der rechtlichen Beurteilung dadurch geändert wird, daß nicht sämtliche Konsorten, wie bisher unterstellt worden ist, den Vertrag mit dem Staate abschließen, sondern daß der letztere von einem oder mehreren Mitgliedern des Konsortiums (benannte Konsorten) abgeschlossen ist, während andere Konsorten vorhanden sind, welche zwar an dem Hauptkonsortium mit einer bestimmten Summe oder prozentual beteiligt sind, nach außen aber als solche nicht hervortreten (unbenannte Konsorten). Es ist nun ohne weiteres einleuchtend, daß durch diese Konstellation der Vertrag zwischen den Konsorten des Charakters als einer handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft nicht entkleidet wird. In Frage kommen könnte aber, ob nicht in solchem Falle die benannten Konsorten, welche zunächst das Anschaffungsgeschäft mit dem Staate abschließen, den unbenannten Konsorten gegenüber als Verschaffende anzusehen sind. Indessen ist dies Bedenken unbegründet. Der Vertrag unter den Konsorten ist auch hier, wie in dem obigen Falle, auf gemeinschaftlichen Erwerb von Vermögenswerten gerichtet, welche bisher keinem der Konsorten gehörten, und auf deren Erwerb keiner der Konsorten bis dahin einen rechtlichen Anspruch hatte. Wenn demnächst das Anschaffungsgeschäft mit dem Staate abgeschlossen und der an

Dritte nicht begebene Teil der Wertpapiere mit Auflösung des Syndikats seitens der geschäftsleitenden Konsorten an die verschiedenen Teilnehmer des Konsortiums verteilt wird, so liegt darin eine zum Zwecke der Erfüllung des Gesellschaftsvertrages vorgenommene Abwickelung des aus dem früheren Vertrage entspringenden Rechtsverhältnisses, aber kein selbständiges Geschäft. Die oben erwähnte Bestimmung in §. 7 Abs. 3 des Reichsstempelgesetzes, welche für das Kommissionsgeschäft etwas Abweichendes bestimmt, kann auf die Abwickelung eines à conto meta geschlossenen Geschäftes keine Anwendung finden, da der Kommissionär und der Kommittent keinen Vertrag zum gemeinschaftlichen Erwerb schließen. Hiermit stimmt auch die Auffassung des Bundesrates überein, wie aus der Anweisung des preußischen Finanzministers vom 26. September 1885 (abgedruckt u. a. bei Hoyer-Gaupp, Stempelgesetzgebung 4. Aufl. S. 684 und bei Gaupp, Reichsstempelgesetz 3. Aufl. S. 102) an die Steuerbehörden hervorgeht, woselbst unter Ziff. 10 bemerkt wird:

„Besteht zwischen mehreren Firmen eine Meta-Geschäftsverbindung, so sind die Abrechnungen zwischen den Metisten über die von einem derselben auf eigenen Namen, aber für gemeinschaftliche Rechnung der Metisten abgeschlossenen Geschäfte nicht als Abwickelungsgeschäfte zwischen Kommissionär und Kommittent im Sinne des §. 7 Abs. 3 des Gesetzes zu betrachten (vgl. auch Nr. 4 der Anweisung)."

Etwas anders liegt die Sache bei den Unterkonsortialverträgen, d. h. bei denjenigen Verträgen, welche einer der Hauptkonsorten bezüglich seines Konsortialanteiles mit anderen Privaten oder Bankfirmen abschließt. Zwar kann auch hier nicht bezweifelt werden, daß wenn, wie regelmäßig der Fall, die Absicht der Kontrahenten auf Veräußerung der von Hauptkonsorten zu erwerbenden Wertpapiere an Dritte für gemeinschaftliche Rechnung gerichtet war, dergestalt, daß nur der nicht abgesetzte, auf den Hauptkonsorten fallende Teil der Wertpapiere nach Maßgabe ihrer Unterbeteiligung an die Unterkonsorten verteilt werden soll, der Unterbeteiligungsvertrag als Abschluß einer handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft aufzufassen ist. Allein die Frage, ob damit zugleich ein Anschaffungsgeschäft abgeschlossen ist, beantwortet sich verschieden, je nach der Reihenfolge, in welcher die verschiedenen Geschäfte abgeschlossen sind. Unterstellt man den regelmäßigen Fall, daß der Hauptkonsortialvertrag abgeschlossen ist,

bevor die Offerte bei dem Staate eingereicht und von diesem angenommen ist, so ist es denkbar, daß der Unterkonsortialvertrag abgeschlossen wird entweder

a) ehe noch der Hauptkonsorte seinen Beitritt zum Hauptkonsortium definitiv zugesagt hat, und mithin auch noch vor dem Abschlusse des Vertrages des Hauptkonsortiums mit dem Staate, oder
b) nach definitivem Beitritte der Hauptkonsorten zum Syndikate, aber noch ehe das letztere das Anleihegeschäft mit dem Staate abgeschlossen hat, oder endlich
c) erst nach Abschluß des Vertrages des Hauptkonsortiums mit dem Staate.

In den ersten beiden Fällen kann in dem Abschlusse eines Unterkonsortialvertrages ein Anschaffungsgeschäft nicht gefunden werden, weil der Vertrag den gemeinschaftlichen künftigen Erwerb von einem am Vertrage nicht beteiligten Dritten bezweckt, und bei solchem Vertrage eine Person fehlt, welche der anderen gegen Entgelt verschaffen soll. Als solcher kann insbesondere auch nicht derjenige betrachtet werden, welcher dem Hauptkonsortium beigetreten ist oder noch beitreten will, da er nicht etwas an die Unterkonsorten gegen Entgelt abtreten will, was er bereits, sei es unbedingt oder bedingt, erworben hat, sondern mit ihnen gemeinschaftlich erwerben will. Seine Stellung den Unterkonsorten gegenüber ist keine andere, als die Stellung des oder der geschäftleitenden benannten Hauptkonsorten gegenüber den unbenannten, am Syndikate beteiligten, übrigen Hauptkonsorten. Sowenig in dem letzteren Falle die Überlieferung der an Dritte nicht abgesetzten Wertpapiere von seiten der Geschäftsleiter an die übrigen Konsorten als ein Anschaffungsgeschäft bezeichnet werden kann, sowenig ist dies bei der Verteilung der nicht abgenommenen Papiere an die Unterkonsorten der Fall. Auch hier liegt nur ein Abwickelungsgeschäft unter Metisten vor.

In diesem Sinne ist auch bereits vom I. Civilsenate des Reichsgerichtes in dem Urteile vom 28. April 1888,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 20 S. 197,

entschieden worden. Mit diesem Urteile steht allerdings das wenige Wochen später erlassene Urteil des IV. Civilsenates vom 14. Mai 1888,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 66 flg.,

scheinbar im Widerspruche, indem danach angenommen werden könnte,

daß der IV. Civilsenat unterschiedslos in allen Unterkonsortialverträgen Anschaffungsgeschäfte erblickt. Indessen ergiebt sich aus einem späteren Urteile des IV. Civilsenates vom 22. November 1888 in Sachen Fiskus wider Mitteldeutsche Creditbank Rep. IV. 196/88, daß der IV. Civilsenat nur den oben unter c bezeichneten Fall eines Unterkonsortialvertrages als Anschaffungsgeschäft für stempelpflichtig hat erklären wollen, den Fall nämlich, in welchem der Unterkonsortialvertrag zwischen einem der Hauptkonsorten und den Unterkonsorten erst nach Abschluß des Anleihegeschäfts zwischen dem Hauptkonsortium und dem Anleihesucher zustande gekommen ist. Für diesen Fall hat auch der erkennende Senat sich der Ansicht des IV. Civilsenates angeschlossen. Denn bei solcher Sachlage hat, abweichend von den oben unter a und b bezeichneten Fällen, der Hauptkonsorte das Recht bezw. die Pflicht, eventuell den auf seine Quote treffenden Anteil der Wertpapiere zu übernehmen, bereits erworben, und kann daher bei Unkonsortialverträgen dieser Art nicht mehr die Rede davon sein, daß von den Unterkonsorten und den Hauptkonsorten etwas gemeinschaftlich erworben werde. Vielmehr ist in solchem Falle der Hauptkonsorte zugleich als derjenige anzusehen, der den Unterkonsorten die Wertpapiere eventuell zu verschaffen hat; es liegt insofern kein reines Abwickelungsgeschäft unter Metisten, sondern zugleich ein eventueller Veräußerungsvertrag vor.

Geht man von vorstehenden Rechtsgrundsätzen aus, so gelangt man bei den einzelnen, hier in Frage stehenden Geschäften zu folgenden Resultaten:

Was zunächst die drei Geschäfte anlangt, welche die Klägerin mit der Baseler Handelsbank und mit dem Wiener Bankvereine abgeschlossen hat, so sind diese nach der Behauptung der Klägerin abgeschlossen, bevor die Banken mit den betreffenden Regierungen, bezw. mit der Bodenkreditanstalt kontrahiert hatten. Das Berufungsgericht unterläßt eine Feststellung über die Reihenfolge, in welcher diese Geschäfte zu einander stehen, zu treffen, weil es annimmt, daß die vorbezeichneten Verträge unter allen Umständen stempelpflichtig seien. Dies ist unrichtig. Liegt der Abschluß der Verträge der Klägerin mit der Baseler Handelsbank bezw. mit dem Wiener Bankvereine zeitlich vor den Verträgen, welche die letztgenannten Banken mit den Anleihesuchern abgeschlossen haben, so lassen sich erstere nur als (Haupt-)

Konsortialverträge bezeichnen, welche nach den obigen Ausführungen nicht stempelpflichtig sind. Die Klägerin würde in diesem Falle nur die Stellung eines unbenannten Hauptkonsorten haben, der als solcher für den Stempel, welcher für das Anleihegeschäft etwa zu entrichten ist, überhaupt nicht haftet, da er bei diesem Geschäfte nicht als Kontrahent auftritt (Art. 269 Abs. 1 H.G.B. und §. 9 des Reichsstempelgesetzes). Wenn daher der oder die benannten Konsorten und der Anleihesucher sämtlich ihren Wohnsitz im Auslande haben, so ist das zwischen ihnen geschlossene Geschäft, obwohl ein Anschaffungsgeschäft, dem Reichsstempel nicht unterworfen. Auf der anderen Seite ist der Konsortialvertrag, welchen die Klägerin als unbenannter Konsorte mit der Baseler Handelsbank und mit dem Wiener Bankvereine geschlossen hat, nach den obigen Ausführungen kein Anschaffungsgeschäft und deshalb nicht stempelpflichtig. Der rechtliche Charakter dieses Vertrages wird, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, durch die Frage, ob das Anleihegeschäft dem Besteuerungsrechte des Deutschen Reiches unterworfen ist oder nicht, nicht berührt.

Anders würde aber die Sache zu beurteilen sein, wenn die Verträge der Baseler Handelsbank und des Wiener Bankvereines mit den Anleihesuchern bereits abgeschlossen waren, bevor diese Banken mit der Klägerin diejenigen Verträge vereinbarten, um deren Stempelpflichtigkeit es sich hier handelt. In solchem Falle würden die letzteren Verträge rechtlich als Unterkonsortialverträge zu betrachten sein, und zwar von der oben unter c bezeichneten Gattung, weil in solchem Falle der Inhalt des Vertrages nicht auf einen eventuellen gemeinschaftlichen Erwerb der Wertpapiere, sondern auf einen eventuellen successiven Erwerb der Klägerin von der Baseler Handelsbank bezw. von dem Wiener Bankvereine gerichtet sein, und daraus die Stempelpflichtigkeit dieser Verträge resultieren würde.

In Frage kommen könnte nur, ob nicht der Beklagte ohne weiteres zur Rückzahlung der für die bisher erörterten drei Verträge erhobenen Stempelbeträge zu verurteilen wäre, weil derselbe seinerseits eine bestimmte Behauptung dahin, daß diese Verträge erst abgeschlossen seien, nachdem das Hauptgeschäft der Baseler Handelsbank und des Wiener Bankvereines mit den Anleihesuchern zustande gekommen seien, nicht aufgestellt hat. Dadurch nämlich, daß der Fiskus berechtigt ist, auf administrativem Wege die Steuer beizutreiben,

verändern sich nicht die Grundsätze über die Darlegungspflicht und die Beweislast, falls die Frage der Steuerpflichtigkeit im Prozeßwege zur Erörterung gelangt. Sache des Fiskus ist es vielmehr, wenn im Wege der Klage eine unter Vorbehalt gezahlte oder im administrativen Verfahren beigetriebene Stempelabgabe zurückgefordert wird, darzulegen und eventuell zu beweisen, daß die thatsächlichen Voraussetzungen der Stempelpflichtigkeit vorgelegen haben. Da im gegebenen Falle nach den obigen Ausführungen die Stempelpflichtigkeit der Klägerin bezüglich der bisher behandelten drei Verträge davon abhängt, daß die Verträge erst *nach* dem Zustandekommen des Anleihegeschäftes geschlossen worden sind, so hatte der Fiskus eine dahingehende Behauptung aufzustellen und zu beweisen.

Nun fehlt es allerdings an einer dahingehenden bestimmten positiven Behauptung des Beklagten. Da indes der letztere die gegenteilige Behauptung der Klägerin bestritten hat, so liegt die Annahme nahe, daß der Beklagte damit zugleich die Behauptung hat aufstellen wollen, daß das Anleihegeschäft den hier fraglichen Verträgen vorausgegangen sei. Jedenfalls aber hätte nach der Lage der Sache das Gericht von dem Fragerechte Gebrauch machen müssen, wenn es in dieser Beziehung noch Zweifel hegte. Es war daher insoweit das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Was sodann die Unterkonsortialverträge anlangt, welche die Klägerin bezüglich ihres Konsortialanteiles mit den Unterbeteiligten abgeschlossen hat, so ist der Vertrag bezüglich der Freiburger Anleihe nach den oben entwickelten Grundsätzen unter allen Umständen stempelfrei, selbst dann, wenn der Vertrag zwischen der Baseler Handelsbank und den Gemeinden bezw. der Regierung des Kantones Freiburg bereits zustande gekommen war, als die Klägerin ihre Beteiligung an dem Geschäfte der Baseler Handelsbank zusagte. Denn wenn auch in solchem Falle der Vertrag der Klägerin mit der Baseler Handelsbank stempelpflichtig sein würde, so ist doch, da nach der Feststellung der Vorinstanzen der Unterkonsortialvertrag abgeschlossen ist, *bevor* die Klägerin ihre Beteiligung zusagte, dieser Vertrag als auf gemeinschaftlichen künftigen Erwerb gerichtet anzusehen, bei welchem die Klägerin die Rolle des Geschäftsleiters einnimmt,

die Unterkonsorten aber als unbenannte Metisten anzusehen sind. Hiernach ist mit Recht der Beklagte zur Rückzahlung des für das Geschäft erhobenen Stempelbetrages von 4 ℳ nebst Zinsen verurteilt, und war daher die Revision des Beklagten gegen das angefochtene Urteil zurückzuweisen.

Die Stempelpflichtigkeit der Unterkonsortialverträge der Klägerin mit ihren Unterbeteiligten bezüglich der Berner Anleihe ist davon abhängig, ob das Anleihegeschäft, der Vertrag der Baseler Handelsbank mit dem Kantone Bern, vor oder nach Abschluß dieser Unterkonsortialverträge zustande gekommen ist. In dieser Beziehung fehlt eine Feststellung. Es ist nur als erwiesen angenommen, daß die Unterkonsortialverträge erst abgeschlossen sind, nachdem die Klägerin den Vertrag mit der Baseler Handelsbank abgeschlossen hat. Indessen genügt dieser Umstand für sich allein noch nicht, um die Stempelpflichtigkeit zu begründen. Denn war der Vertrag zwischen der Baseler Handelsbank und dem Kanton Bern zur Zeit der Unterkonsortialverträge noch nicht abgeschlossen, so lag, wie oben ausgeführt, in dem Beitritte der Klägerin zum Syndikate kein Anschaffungsgeschäft, auch kein bedingtes Anschaffungsgeschäft. Ebensowenig liegt ein solches in den Unterkonsortialverträgen, da die Unterkonsorten in solchem Falle nicht von der Klägerin, sondern gemeinschaftlich mit der Klägerin erwerben wollen. Eine Stempelpflichtigkeit ist daher nicht begründet. Anders wenn der Vertrag zwischen der Baseler Handelsbank und dem Kanton Bern bereits abgeschlossen war und darauf der Unterkonsortialvertrag zwischen der Klägerin und ihren Unterbeteiligten zustande gekommen ist. Bezeichnet man den ersteren Vertrag mit dem Buchstaben A, den letzteren mit C und den Vertrag der Klägerin mit der Baseler Handelsbank mit B, so kann bei der Unterstellung, daß A vor C und bei der vom Berufungsgerichte getroffenen Feststellung, daß B vor C geschlossen ist, die Reihenfolge der Verträge gewesen sein entweder A, B, C oder B, A, C. In beiden Fällen würde der Vertrag C stempelpflichtig sein, weil es sich dabei um eine eventuelle Weiterveräußerung von seiten der Klägerin an ihre Unterkonsorten und nicht um einen auf gemeinschaftlichen Erwerb gerichteten Vertrag handelt, wie dies in dem unmittelbar vorher erörterten Falle anzunehmen ist, wo die Reihenfolge der Verträge durch die Buchstaben B, C, A dargestellt wird.

Daraus folgt, daß auch für die Stempelpflichtigkeit der von der Klägerin mit ihren Unterkonsorten bezüglich der Berner Anleihe geschlossenen Verträge die Frage von Bedeutung ist, ob diese Verträge vor oder nach dem Anleihegeschäfte der Baseler Handelsbank geschlossen sind, und daß auch bezüglich dieses Punktes, weil eine Feststellung desselben im angefochtenen Urteile fehlt, das angefochtene Urteil aufzuheben ist."

---

12. Steht dem Käufer, der von dem Vertrage wegen Nichterfüllung zurückgetreten ist, an der ihm trotzdem verspätet übersandten und wegen verspäteter Erfüllung zurückgewiesenen, aber auf Lager genommenen Ware ein Retentionsrecht zu?

H.G.B. Art. 313.

I. Civilsenat. Urt. v. 4. Juni 1890 i. S. der Firma M. R. (Kl.) w. die Firma Fr. & K. (Bekl.) Rep. I. 92/90.

I. Landgericht Erfurt.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Die Klägerin hat der Beklagten am 23. Oktober 1888 110 Sack Gerste zur Erfüllung eines im August 1888 abgeschlossenen, von der Beklagten am 17. Oktober 1888 rückgängig gemachten Lieferungsgeschäftes übersandt. Die Beklagte hat die Gerste zwar auf ihr Lager genommen, noch am Tage der Ankunft am 31. Oktober 1888 aber als verspätet zur Disposition gestellt.

Die Klägerin fordert deshalb die Rückgabe der 110 Sack Gerste nebst Sackmiete vom 31. Oktober 1888 bis zur Zurückgabe.

Die Beklagte hält sich dagegen für berechtigt, die Gerste auf Grund des Art. 313 H.G.B. zu retinieren wegen ihrer Differenzforderung aus dem Rückgange des Geschäftes, wegen einer Forderung auf Erstattung der Fracht für eine frühere mangelhafte und deshalb unangefochten zur Disposition gestellte und zurückgenommene Sendung Gerste, wegen der Fracht der retinierten Sendung und wegen anderer Unkosten nebst Porto. In beiden Instanzen ist das Retentionsrecht

anerkannt und die dagegen gerichtete Revision zurückgewiesen aus nachfolgenden

Gründen:

„Beide Vorderrichter stellen fest, daß die Klägerin mit der Sendung Gerste, welche sie jetzt zurückfordert, im Verzuge war, und daß der Beklagten, welche deshalb mit Recht von dem Vertrage zurückgetreten ist, aus dem Rückgange des Geschäftes die von ihr liquidierten 941 ℳ gegen die Klägerin zustehen. Beide halten die Beklagte nach Art. 313 H.G.B. zur Zurückbehaltung der verspäteten Sendung für berechtigt, weisen deshalb die Klage auf Herausgabe und Zahlung der Sackmiete ab und verurteilen die Klägerin zur Zahlung der geltend gemachten Gegenforderung.

Der Angriff der Revision richtet sich gegen die Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes. Es ist Verletzung des Art. 313 H.G.B. behauptet. Gegen die Feststellung, daß die Klägerin im Verzuge war, als die Beklagte am 17. Oktober 1888 vom Vertrage zurücktrat, daß die Ablehnung der Empfangnahme der erst am 31. Oktober in die Hände der Beklagten gelangten Gerste gerechtfertigt war, und gegen die Feststellung der Forderungen, wegen welcher die Beklagte das Zurückbehaltungsrecht beansprucht, sind Angriffe nicht erhoben, und liegen auch Bedenken nicht vor. Daß die liquidierten Forderungen der Beklagten aus beiderseitigen Handelsgeschäften erwachsen sind, ist unzweifelhaft. Auch fällig waren alle diese Forderungen, als die Beklagte nach dem 31. Oktober die Rückgabe der 110 Sack Gerste forderte.

Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Sendung mit dem Willen der Klägerin auf Grund eines Handelsgeschäftes in die Hände der Beklagten gelangt (Art. 313 Abs. 1), und ob die Retention gemäß Art. 313 Abs. 2 H.G.B. ausgeschlossen ist.

Nach der festgestellten Sachlage hat die Klägerin die 110 Sack Gerste der Beklagten übersandt, damit dieselben als Erfüllung des Lieferungsgeschäftes vom August angenommen würden. Mit dem Willen der Klägerin sind sie danach jedenfalls in die Hände der Beklagten gelangt, und wenn die Beklagte auch schon vorher von dem Vertrage zurückgetreten war, so ist doch in der Übersendung eine Offerte zu finden, welche bei der unbestrittenen Kaufmannseigenschaft beider Parteien die Natur eines Handelsgeschäftes umso-

mehr hat, als sie zugleich mit einem Handelsgeschäfte unter den Parteien in Zusammenhang stand und das Anerbieten oder den Versuch der nachträglichen Erfüllung desselben enthielt.

Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes Bd. 2 §. 95 S. 1047 bei Anm. 62; v. Hahn, Kommentar Bd. 2 S. 179 §. 11; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 282. 284; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 19 S. 369. 372.

Es kann auch nicht angenommen werden, daß die Beklagte gegen Treue und Glauben handelte, als sie die Sendung trotz des Rücktrittes vom Geschäfte auf Lager nahm und die Fracht zahlte. Denn die Klägerin, welche noch im Prozesse bestritten hat, daß sie sich im Verzuge befunden, forderte die Annahme der Sendung als Vertragserfüllung. Es ist nicht einmal ausgeschlossen, daß die Beklagte die Sendung auf Lager genommen hat, um sie zu behalten, falls sie konvenierte, und sie als verspätet nur refüsiert hat, weil sich herausstellte, daß sie nicht konvenierte. Auch angesichts des Art. 348 H.G.B. kann der Beklagten kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie die Annahme der Sendung nicht sofort refüsiert und den Rücktransport herbeigeführt hat, der die Ware mit weiterer Fracht belastete. Noch weniger läßt sich sagen, daß die Zurückbehaltung im Sinne des Art. 313 Abs. 2 H.G.B. einer Vorschrift der Klägerin oder einer Verpflichtung der Beklagten widerstreite.

In der Übersendung zum Zwecke und mit dem Angebote, daß die Sendung als Erfüllung angenommen werden möge, liegt keine Vorschrift der Rücksendung, und in der Annahme verspäteter Sendung unter gleichzeitiger Weigerung, sie als Erfüllung gelten zu lassen, nicht die Übernahme der Verpflichtung der Rücksendung.

Vgl. auch Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 19 S. 372 und Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 282. 285; Goldschmidt, a. a. O. S. 1046.

Die Beklagte retiniert die Gerste, welche die Klägerin zurückfordert, danach mit Recht, und der Anspruch auf die Herausgabe derselben ist ebenso unbegründet wie die Forderung auf Zahlung von Sackmiete seit dem 31. Oktober 1888." ...

13. Hat die Berufsgenossenschaft, auf welche die Rechte und Pflichten aus einem Versicherungsvertrage gemäß §. 100 des Unfallversicherungsgesetzes übergegangen sind, die dem Versicherungsnehmer statutenmäßig obliegende Anzeige von einem eingetretenen Unfalle der Versicherungsanstalt zur Vermeidung des Verlustes ihres Ersatzanspruches auch dann noch zu erstatten, wenn solche Anzeige bereits von dem Betriebsunternehmer in der vorgeschriebenen Art erstattet war?

VI. Civilsenat. Urt. v. 5. Juni 1890 i. S. Prometheus (Bekl.) w. Brauerei- und Mälzereiberufsgenossenschaft zu Frankfurt a./M. (Kl.) Rep. VI. 66/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Es handelt sich hier um Unfälle, welche der Hofarbeiter P. am 16. März 1887 und der Stallmann A. am 10. Mai 1887 bei dem Betriebe der Spandauer Berg-Brauerei-Aktiengesellschaft erlitten haben. Beide Verunglückte waren von den Unternehmern des gedachten Betriebes mit anderen in demselben beschäftigen Personen für die Zeit vom 6. Juli 1884 bis zum 6. Juli 1887 bei der beklagten Gesellschaft gegen Unfälle versichert. Die Rechte und Pflichten aus diesem Versicherungsvertrage sind, wie in einem zwischen den Parteien geführten Vorprozesse rechtskräftig festgestellt ist, gemäß §. 100 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 auf die klagende Berufsgenossenschaft seit dem 9. Mai 1885 übergegangen. Letztere verlangt nunmehr von der Beklagten die Erstattung der von ihr infolge der beiden Unfälle für P. und für A. gezahlten Beträge sowie die Anerkennung der Verpflichtung, ihr auch künftig die zur Entschädigung der Verunglückten zu zahlenden Beträge bis zur Höhe der versicherten Summen zu erstatten. In beiden Vorinstanzen ergingen verurteilende Entscheidungen. Das Reichsgericht hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Der §. 10 des Geschäftsplanes der Beklagten vom 2. September 1882 legt dem „Versicherungsnehmer" die Verpflichtung auf, nach Eintritt des Unfalles binnen drei Tagen vorläufig eine kurze schriftliche Anzeige über Veranlassung, Tag und Ort des Unfalles,

die Anzahl der Verletzten und die Art der Verletzung an den betreffenden Agenten zu machen, und der §. 16 erklärt die Gesellschaft zu einer Ersatzleistung für nicht verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer den Bestimmungen des §. 10 nicht gemäß handelt. Eine Anzeige mit dem vorgeschriebenen Inhalte ist nun zwar sowohl in dem P.'schen, wie in dem A.'schen Falle der Beklagten rechtzeitig zugegangen, letztere hält aber dennoch, unter Berufung auf die Begründung des im Vorprozesse zwischen den Parteien ergangenen reichsgerichtlichen Urteiles vom 22. Januar 1887, die Klaganſprüche nach dem §. 16 des Geschäftsplanes deshalb für verwirkt, weil ihr in beiden Fällen die Anzeige nicht von der Klägerin, sondern von der Spandauer Bergbrauereigesellschaft, der Betriebsunternehmerin, erstattet worden ist. Mit Recht hat indessen der Vorderrichter diesen Einwand verworfen.

In dem von der Beklagten angezogenen Urteile,

vgl. das damit übereinstimmende Erkenntnis in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 19 S. 43,

ist allerdings ausgesprochen, daß im Falle des Überganges der Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem Versicherungsvertrage auf die Berufsgenossenschaft gemäß §. 100 des Unfallversicherungsgesetzes alle Verpflichtungen, welche nach dem Versicherungsvertrage der Betriebsunternehmer zu erfüllen hat, gerade in derselben Weise, wie es dem Versicherten selbst obliegen würde, von der Berufsgenossenschaft bei Vermeidung der statutarischen bezw. gesetzlichen Folgen zu erfüllen sind.

Wenn dem gegenüber von der Vorinstanz in erster Linie darauf Gewicht gelegt wird, daß die Vorschriften des §. 10 des Geschäftsplanes der Beklagten nicht Vertragspflichten enthalten, sondern „nur Normen für das Verhalten des Versicherungsnehmers, welches die Vorbedingung der Geltendmachung eines Ersatzanspruches seinerseits sein soll", so kann die Richtigkeit dieses Entscheidungsgrundes dahingestellt bleiben.

Vgl. H.G.B. Art. 822 und die Überschrift des betreffenden Abschnittes.

Denn das Berufungsgericht hat weiterhin geprüft, ob die Klägerin, falls ihr die Anzeigepflicht oblag, eine Anzeige von den eingetretenen Unfällen zur Vermeidung des Verlustes ihres Ersatzanspruches auch

dann noch zu erstatten hatte, nachdem solche Anzeige der Beklagten von der Betriebsunternehmerin in der vorgeschriebenen Art bereits erstattet war, und diese Frage hat es im verneinenden Sinne beantwortet, ohne mit dem Inhalte des §. 100 des Reichsgesetzes vom 6. Juli 1884 oder mit den in dem diesseitigen Urteile vom 22. Januar 1887 aufgestellten Grundsätzen irgendwie in Widerspruch zu treten.

Zwar sucht die Revision aus dem Wortlaute des Geschäftsplanes, in welchem der Vertragswille der Parteien zum Ausdrucke gekommen sei, den Schluß zu ziehen, daß die vorgeschriebene Anzeige mit rechtlicher Wirkung allein von der Klägerin, als der Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Versicherungsnehmers, habe erstattet werden können; nach der zutreffenden Ausführung des Vorderrichters ist indessen dem Wortlaute in dieser Beziehung ein entscheidendes Gewicht deshalb nicht beizulegen, weil zur Zeit der Abfassung des der Abschließung des Vertrages zu Grunde liegenden Geschäftsplanes als „Versicherungsnehmer" nur der Unternehmer oder Dienstherr, mit welchem die Versicherung geschlossen war (§. 4 des Geschäftsplanes), angesehen und nicht daran gedacht werden konnte, daß infolge eines Eingreifens der Gesetzgebung die Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers auf eine von dem Unternehmer oder Dienstherrn verschiedene Person übergehen würden. Danach mußten, um festzustellen, wer nach dem Übergange diese Unfallsanzeige zu erstatten hat und gültig erstatten kann, der Zweck und die Bedeutung, welche die rechtzeitige Erstattung der Anzeige nach dem Willen der Vertragschließenden haben sollte, ins Auge gefaßt werden. Wenn nun das Berufungsgericht erwogen hat, der Zweck jener Bestimmungen sei nur gewesen, die Versicherungsgesellschaft in den Stand zu setzen, möglichst bald hinsichtlich des stattgehabten Unfalles ihr Interesse wahrzunehmen, für diesen Zweck aber sei es beim Mangel jedes Anhaltes für die entgegenstehende Annahme völlig gleichgültig, ob der Gesellschaft die Anzeige von dem Betriebsunternehmer (welcher hierbei offenbar eine andere Stellung einnimmt als ein sonstiger Dritter) oder von der Berufsgenossenschaft erstattet wird, so ist in diesen Erwägungen ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen und auf Grund derselben die Annahme gerechtfertigt, daß durch die von der Spandauer Bergbrauereigesellschaft erstattete Anzeige den Bestimmungen des §. 10 des Geschäftsplanes gemäß gehandelt war.

Aber selbst wenn anzunehmen wäre, daß die Klägerin von ihrer Anzeigepflicht durch die von der Betriebsunternehmerin erstattete Anzeige nicht befreit worden sei, müßte der Revision bei diesem Punkte der Erfolg versagt bleiben, da der Vorderrichter seine Entscheidung außerdem auch noch darauf gestützt hat, daß die Unterlassung der Anzeige seitens der Klägerin jedenfalls als eine durch den zweifelhaften Sinn des Vertrages *entschuldigte* erachtet werden müßte, und die Beklagte, nachdem sie die Anzeige der Spandauer Bergbrauereigesellschaft, ohne deren Legitimation zu bemängeln, entgegengenommen und demgemäß auch die Zahlungsanweisungen erteilt hat, gegen Treue und Glauben verstoßen würde, wenn sie aus einer solchen Nichterfüllung der vorgeschriebenen Bedingungen die Verwirkung des Entschädigungsanspruches herleiten wollte. Bei diesem Entscheidungsgrunde befindet sich das Berufungsgericht in voller Übereinstimmung mit den Grundsätzen, von welchen sich die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes wie des Reichsgerichtes bei der Auslegung der in Versicherungspolicen enthaltenen Verwirkungsklauseln stets hat leiten lassen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 158 und die dort Angeführten, sowie Bd. 19 S. 134 und Urteil vom 11. November 1886 i. S. Lübecker Feuerversicherungsgesellschaft w. St. Rep. VI. 160/88.

Ob die Beklagte bei der anstandslosen Annahme der ihr von der Brauereigesellschaft erstatteten Anzeigen die reichsgerichtliche Entscheidung vom 22. Januar 1887 bereits gekannt hat oder nicht, muß danach durchaus unerheblich erscheinen." ...

---

14. Wie weit reicht das Recht des Vorbenutzers der Erfindung nach §. 5 des Patentgesetzes?

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Juni 1890 i. S. P. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. I. 81/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Dem Kläger war ein Patent auf einen „Vakuumtrockenapparat" auf Anmeldung vom 16. Februar 1887 erteilt, vom Beklagten aber

ein ganz gleicher Apparat auf Grund eigener Konzeption bereits im Sommer 1886 entworfen, konstruiert und im Januar 1887 an einen Besteller geliefert. Als der Beklagte sich der negatorischen Klage des Patentinhabers auf Untersagung der Herstellung und des Verkaufes des Apparates gegenüber auf sein Recht aus der Vorbenutzung der Erfindung berief, replizierte der Kläger, daß der Beklagte doch nicht befugt sei, den Apparat in Deutschland noch weiter zu verkaufen und ihn zu dem Trockenverfahren verwenden zu lassen, zu welchem er bestimmt. Dies ist in beiden Instanzen verworfen und die dagegen eingelegte Revision zurückgewiesen aus nachfolgenden

Gründen:

... „Der §. 5 des Patentgesetzes hat den Fall der Doppelerfindung im Auge, die unabhängig voneinander (§. 3 Abs. 2 des Patentgesetzes) vor sich gegangen. Grundsätzlich giebt die selbst zeitlich frühere Erfindung der selbständigen, gleichen Erfindung eines Anderen gegenüber kein Recht, wenn diese allein in den Formen des Gesetzes zur Anmeldung des Anspruches auf Erteilung des Patentes und zur Erteilung des Patentes geführt hat. Aber der Erfinder, der die selbständige Erfindung über ihre Konzeption hinaus vor der Anmeldung der gleichen patentierten Erfindung in Benutzung genommen oder doch die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hat, soll in der Ausnutzung des bethätigten Erfindergedankens gegenüber dem Untersagungsrechte geschützt werden, welches der §. 4 des Patentgesetzes (§§. 34 flg. das.) dem anderen Erfinder giebt, der den Patentschutz erlangt hat. Daraus ergiebt sich der Inhalt und Umfang des von dem Beklagten durch die Vorbenutzung der Erfindung gewonnenen Rechtes. Nach §. 5 a. a. O. cessiert dem Vorbenutzer der Erfindung gegenüber die Wirkung des Patentes. Nach §. 4 des Patentgesetzes besteht die Wirkung des Patentes darin, daß der Patentinhaber jedem die gewerbsmäßige Herstellung, Inverkehrbringung, Feilhaltung des Gegenstandes der Erfindung, die Anwendung des patentierten Verfahrens, den Gebrauch des Gegenstandes der patentierten Erfindung untersagen kann. Cessiert dies nach §. 5 dem Vorbenutzer der Erfindung gegenüber, so folgt daraus wie aus dem inneren Grunde des §. 5 von selbst, daß dem Vorbenutzer die gewerbsmäßige Herstellung, das Inverkehrbringen, das Feilhalten, die Anwendung des Verfahrens, der Gebrauch des Gegen-

standes der Erfindung nicht untersagt werden kann, d. h. daß er zu alledem befugt ist, nur nicht ausschließlich, aber neben dem Patentinhaber, wenn dieser auch Dritten gegenüber allein das Untersagungsrecht des §. 4 des Patentgesetzes hat.

Dies haben auch bereits der II. und III. Strafsenat des Reichsgerichtes gegenüber den abweichenden Ansichten von Kohler (Patentrecht S. 137) und Klostermann (Patentgesetz S. 153) in ihren Urteilen vom 4./7. Januar 1882 und vom 14. März 1882,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Strafs. Bd. 5 S. 362, Bd. 6 S. 107, angenommen." . . .

---

15. 1. Kann ein Gläubiger, welcher nach Eröffnung des Konkurses Schuldner des Gemeinschuldners geworden ist, seine Schuld auf seine Konkursforderung aufrechnen?

2. Nach welchem örtlichen Rechte ist die Kompensationseinrede zu beurteilen?

3. Auslegung des Art. 1014 des rheinischen bürgerlichen Gesetzbuches.

II. Civilsenat. Urt. v. 1. Juli 1890 i. S. der Konkursmasse des G. Sp. (Kl.) w. W. Sp. (Bekl.) Rep. II. 116/90.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Am 13 Oktober 1887 ist gegen das Vermögen des Kaufmannes G. Sp. der Konkurs eröffnet worden; am 8. Dezember 1887 ist dessen Mutter gestorben. Dieselbe hatte durch Testament den Beklagten, den Bruder des Gemeinschuldners, zum Universalerben eingesetzt und demselben ein Legat von 5000 ℳ zu Gunsten des Gemeinschuldners auferlegt. Der Beklagte hat an den Gemeinschuldner eine Forderung von 16 000 ℳ, von welcher er am 17. Januar 1888 den Betrag von 11 000 ℳ zur Konkursmasse anmeldete, indem er seine Schuld von 5000 ℳ aus dem Legate abrechnete. Am 28. Mai 1888 trat aber der Gemeinschuldner seine Legatforderung behufs Zuwendung an die Konkursmasse dem Konkursverwalter ab, und nachdem die Cession am

4. Juni 1888 eröffnet worden war, erhob der Verwalter Klage auf Bezahlung der 5000 ℳ mit Zinsen vom Tage der Klagezustellung an.

Die Klage ist durch Urteil des Landgerichtes abgewiesen und die dagegen eingelegte Berufung verworfen worden. Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Statthaftigkeit der Abtretung der Legatforderung seitens des Gemeinschuldners an den Verwalter der Konkursmasse unterliegt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, keinem rechtlichen Bedenken. Die abgetretene Forderung gehört, weil erst nach Eröffnung des Konkurses entstanden, nicht zum Massevermögen, und schon aus diesem Grunde findet der §. 48 K.O. keine Anwendung. Auch der §. 11 K.O. steht der Kompensation nicht entgegen. Dieser schließt nur Arreste und Zwangsvollstreckungen auch in das nicht zur Konkursmasse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners aus, und, wenn auch der eine Grund des Gesetzes, nämlich, dem Schuldner die Erwerbs- und Kreditfähigkeit wieder zu eröffnen, für dessen Anwendung auf die Befriedigung mittels Aufrechnung zu sprechen scheint, so rechtfertigt dies doch keine ausdehnende Auslegung des Gesetzes über dessen bestimmten Wortlaut hinaus, und kann insbesondere nicht angenommen werden, daß die nach Civilrecht kraft Gesetzes eintretende Erlöschung sich gegenüberstehender, zur Kompensation geeigneter Forderungen durch diesen §. 11 habe beseitigt werden wollen.

Demnach ist die Zulässigkeit der vom Beklagten geltend gemachten Kompensation lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Betreffs der Voraussetzungen der Aufrechnung ist dasjenige Gesetz maßgebend, unter dessen Herrschaft die Forderung bezw. Schuld steht, deren Erlöschung durch Kompensation behauptet wird, im gegebenen Falle also, in welchem es sich um die im Gebiete des rheinischen Rechtes entstandene und zu erfüllende Legatforderung handelt, der Art. 1291 des bürgerl. Gesetzbuches. Davon ausgehend rügt der Vertreter der Revisionsklägerin Verletzung der Artt. 1014. 1291 des bürgerl. Gesetzbuches und des §. 11 K.O., jedoch mit Unrecht.

Was zunächst die Forderung des Beklagten von 16 000 ℳ betrifft, wird nicht behauptet, daß das am Wohnsitze des Gemeinschuldners, wo dieselbe im Zweifel zu erfüllen ist, geltende bürgerliche Recht (das gemeine Recht) ihrer Einklagbarkeit (exigibilité) entgegenstehe, dieselbe

soll nur deshalb fehlen, weil über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet ist.

Das Reichsgericht hat nun aber wiederholt entschieden, daß der Gemeinschuldner nicht absolut, sondern nur insoweit prozeßunfähig werde, als er nicht mit Wirkung gegen das zur Masse gehörende Vermögen Prozesse führen könne. Diese Beschränkung der Prozeßfähigkeit kann aber auf die Eigenschaft der Forderung selbst, ob sie einklagbar sei oder nicht, keinen Einfluß üben und, da jedenfalls aus dem zur Masse gehörenden Vermögen durch Anmeldung Befriedigung gesucht werden kann, erscheint es unerheblich, daß der §. 11 K.O. der Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners entgegensteht.

Die Legatforderung ist im Gebiete des rheinischen Rechtes zu erfüllen und daher nach diesem ihre Einklagbarkeit zu beurteilen. Diese bestreitet der Vertreter der Revisionsklägerin auf Grund des Art. 1014 Abs. 2 des bürgerl. Gesetzbuches, weil sich der Legatar erst nach Anbringung des Auslieferungsbegehrens in den Besitz der vermachten Sache setzen könne, ein solches aber nicht gestellt worden sei. Abgesehen nun von der in den Instanzen nicht erörterten Thatsache, daß der Legatar zugleich Pflichterbe ist (vgl. Art. 1004 des bürgerl. Gesetzbuches), kann dieser Angriff keinen Erfolg haben, weil nach Art. 1014 Abs. 1 der Erwerb der vermachten Sache (auch der Forderung) mit dem Tode des Erblassers eintritt und der Abs. 2 nur eigenmächtiger Besitzergreifung vorbeugend und, um die Zeit des Anspruches auf Früchte und Zinsen zu bestimmen, eine Anforderung verlangt, nicht aber das Recht zu dieser Einforderung auf irgend einen Zeitpunkt hinausschiebt."

---

16. Bedeutung einer Erklärung der Gründer, welche in Abänderung der vom Registerrichter beanstandeten Festsetzung, daß für die Aktien nicht durch Barzahlung zu leistende Einlagen gemacht würden, dahin erfolgt, daß sie den Betrag der Aktien bei einer Bank hinterlegt haben. Wird der Mangel der gerichtlichen oder notariellen Form dieser abändernden Festsetzung durch die Anmeldung derselben zu der auch erfolgten Eintragung geheilt?

I. Civilsenat. Urt. v. 9. November 1889 i. S. Konkursmasse der Aktiengesellschaft Homburger Farben- u. chemische Fabrik (Kl.) w. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. I. 220/89.

I. Landgericht Frankfurt a./M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Verwalter der Masse der in Konkurs verfallenen Aktiengesellschaft Homburger Farben- und chemische Fabrik hat die drei Beklagten aus einer Übernahme von Aktien in Höhe von 4000, bezw. 1000 und 1000 ℳ, welche ihrerseits bei der 1885 unter ihrer Mitwirkung als Mitgründer erfolgten Errichtung der Gesellschaft stattgefunden hatte, auf Barzahlung in Anspruch genommen. Letztere bestritten, nach Inhalt der Errichtungsverhandlungen hierzu verpflichtet zu sein.

Bei der Errichtung der Aktiengesellschaft war deren Grundkapital auf 500 000 ℳ in 500 Aktien zu 1000 ℳ festgesetzt worden. Davon erhielten die beiden derzeitigen Eigentümer des unter der Firma P. B. betriebenen Fabrikgeschäftes gegen Einlage dieses entsprechend einer Bilanz vom 10. August 1884 unter Berücksichtigung der Passiven auf 490 000 ℳ bewerteten Geschäftes 490 Aktien. In betreff der übrigen 10 000 ℳ hieß es in dem notariell verlautbarten Gesellschaftsstatute, daß die drei Beklagten sowie auch drei andere Mitbegründer in die Gesellschaft 10 000 ℳ, und zwar der eine Beklagte 5000 ℳ, die übrigen fünf Mitbegründer je 1000 ℳ entrichten, welche sie laut der Bilanz vom 10. August 1884 gegen die Firma P. B. zu fordern hätten, und daß die Aktiengesellschaft ihnen gegen die Quittierung dieses Guthabens 10 Aktien gewähre.

In der That waren in den Büchern der Firma vor der Ziehung der Bilanz vom 10. August 1884 den drei Beklagten und den drei erwähnten Mitbegründern zusammen 10 000 ℳ kreditiert worden. Es war dies aber lediglich in Voraussicht der Umwandlung des Unternehmens in eine Aktiengesellschaft zur Ausführung eines Abkommens des P. B. mit diesen Personen geschehen, wonach dieselben 10 000 ℳ in Aktien gratis für ihre Mitwirkung bei Errichtung der Aktiengesellschaft und beim Vertriebe der Aktien erhalten sollten. In Höhe dieser 10 000 ℳ war darum das Privatkonto des P. B. zu Gunsten der Firma in den Büchern belastet. In dem Prüfungs-

berichte der Revisoren wurden daher auch Zweifel über die Zulässigkeit der teilweisen Kapitalsbildung auf diesem Wege erhoben. Der Registerrichter lehnte die mittels Anmeldung seitens sämtlicher Gründer nachgesuchte Eintragung der Aktiengesellschaft auf dieser Grundlage ab, indem er in dem Bescheide ausführte, daß es sich bei den 10000 ℳ um Gratisleistungen, also um den Gründern zu gewährende besondere Vorteile handle, die zwar zulässig wären, aber als solche im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein müßten. In einer privatschriftlichen Urkunde vom 10. Januar 1885 erklärten nunmehr sämtliche Gründer, daß mit Rücksicht auf die Beanstandung des Registerrichters die Buchungen storniert worden seien, und daß laut beigefügter Quittungen die sechs — bereits bezeichneten — Mitgründer, der eine 5000 ℳ, die anderen fünf je 1000 ℳ, zusammen 10000 ℳ, bei der Homburger Gewerbebank deponiert hätten, sodaß das aus 500 Aktien bestehende Grundkapital in der Weise ganz übernommen sei, daß die beiden bisherigen Fabrikinhaber davon 490 Stück gegen Einlegung ihres Fabrikgeschäftes übernahmen und die restierenden 10 Stück bar eingezahlt seien. Inhalts der beigefügten Quittungen bescheinigte die Homburger Gewerbebank, von jedem der sechs Mitgründer die betreffende Summe für Rechnung der errichteten Aktiengesellschaft empfangen zu haben. Diese Urkunden und einen Nachtragsbericht der Revisoren, inhalts dessen diese den Beweis für die Volleinzahlung auf die 10 Aktien nunmehr für erbracht erklärten, überreichte nunmehr der Mitgründer B., der auch zum Mitgliede des Vorstandes bestellt worden war, indem er sich als Beauftragter der sämtlichen Unterzeichner der früheren Anmeldung bezeichnete, dem Registerrichter, benannte hierbei die Urkunde vom 10. Januar 1885 als Nachtrag zum Gründungsprotokoll und beantragte, dem Antrage auf Eintrag nunmehr stattzugeben. Dies geschah auch, und es erfolgte die richterliche Veröffentlichung des Gesellschaftsvertrages im Auszuge in der Weise, daß von den das Grundkapital bildenden 500 Aktien die beiden bisherigen Fabrikbesitzer 490 Stück und die sechs anderen Mitgründer je eine Aktie, bezw. der eine derselben 5 Aktien, übernommen hätten, für die auf die beiden Fabrikinhaber fallenden Aktien diese das Fabrikgeschäft eingebracht hätten und von den übrigen Aktionären 10000 ℳ bei der Homburger Gewerbebank für die zu gründende Aktiengesellschaft hinterlegt wären.

Die Erklärungen in der Urkunde vom 10. Januar 1885 hatten die drei Beklagten abgegeben, nachdem B. mit ihnen übereingekommen war, ihnen die Gratifikationen in der Weise bar zu zahlen, daß er die Summe auf die ihnen zu gewährenden Aktien in ihrem Namen für Rechnung der Aktiengesellschaft bei der Homburger Gewerbebank einzahle. Sie selbst haben solche Zahlung nicht geleistet. Der Konkursverwalter behauptet aber, daß ungeachtet der Quittungen letzterer Bank solche Zahlungen an dieselbe überhaupt nicht geleistet seien, indem B. lediglich auf Grund von buchmäßigen Operationen ohne Effektiveinzahlungen die Quittungen der Bank erhalten habe.

Ohne daß über letzteren Punkt eine Erörterung stattgefunden hatte, erkannte das Berufungsgericht auf Abweisung der Klage, indem es annahm, daß es nach den geschilderten Vorgängen bei der Urkunde vom 10. Januar 1885 an einem auf Zahlung der Aktienbeträge bestimmt und unbedingt gerichteten Willen der Beklagten fehle, da die Erklärung nur dahin gehe, daß die Einzahlung durch die Hinterlegung des Betrages erfolgt sei, sodaß sich nicht bestimmt ergebe, daß sie sich auch dann aus der Aktienübernahme für die Geldzahlung haftbar erklären wollten, wenn die vorausgesetzte Hinterlegung nicht erfolgt sei.

Dieser Auffassung ist das Reichsgericht entgegengetreten und hat die Entscheidung von dem Nachweise der Behauptung der Beklagten abhängig gemacht, daß die Aktienbeträge bar der Homburger Gewerbebank zur Verfügung der neu errichteten Aktiengesellschaft übergeben worden seien.

Aus den Gründen:

... „Die Beklagten fügten sich der Auffassung des Registerrichters, indem sie den Versuch, mittels der Buchguthaben und deren Einbringung zu den sieben Aktien, auf die es hier allein ankommt, ohne Bareinzahlung zu gelangen, aufgaben, während doch die Beklagten Übernehmer der sieben Aktien verblieben und mittels der Bildung des Grundkapitalteiles von 7000 ℳ durch Übernahme der sieben Aktien die Eintragung der Aktiengesellschaft herbeiführten. Wie aus der Erklärung vom 10. Januar 1885 und dem Nachtrage des Revisorenberichtes hervorgeht, auch die Eintragungen in den Büchern der bisherigen Firma bestätigen, wurden die eingetragenen Buchposten und entsprechend die Belastung des B. hierfür durch Erkennen desselben

für den Betrag storniert. Damit wurde jedes Aktivum gegen die bisherige Firma für die Beklagten, welches der Gegenstand einer Einbringung auf die sieben Aktien oder der Aufrechnung auf die Bareinzahlung für dieselben hätte sein können, beseitigt. Wenn nun B., der den Beklagten die Gewährung von sieben Aktien einzahlungsfrei als Belohnung für die Mitwirkung bei der Gründung versprochen hatte und daher denselben aus seinem Vermögen die Zahlungen ersetzen mußte, welche sie vermöge der Übernahme dieser Aktien gegenüber der Aktiengesellschaft zur Erlangung dieser Aktien trafen, es übernahm, die Einzahlungen auf die Aktien für sie zu leisten, und ihnen versicherte, daß dies geschehen sei, auch Empfangsbekenntnisse in bezug auf diese Gelder seitens der Homburger Gewerbebank als bei ihr für Rechnung der Aktiengesellschaft auf jene Aktien eingezahlt extrahierte, so erklärt dies, daß sich die Beklagten zur Übernahme der Aktien als zur Barzahlung verpflichtend bereit finden ließen. Dagegen beschränkt dieser Umstand keineswegs die übernommene Haftbarkeit in dem Sinne, daß die Beklagten für die Zahlung nur hätten haftbar sein wollen, sofern jene Zahlung wirklich bereits erfolgt war. Die Gefahr, daß in Wahrheit jene Zahlung nicht erfolgt war, und die Quittungen der Gewerbebank unrichtige Angaben enthielten, traf lediglich die Beklagten, aber nicht die Aktiengesellschaft. Der Glaube an die Richtigkeit jener Angaben mag der Beweggrund für den Entschluß der Beklagten gewesen sein, die Aktien in dem zur Bareinzahlung verpflichtenden Sinne zu übernehmen, aber es war keine diese Verpflichtung beschränkende Bedingung. Anders läßt sich die Sache vom Standpunkte der Erfordernisse des Aktienrechtes nicht konstruieren. Anders haben sie weder die Revisoren, noch der Registerrichter aufgefaßt. Anders haben sie aber auch die Beklagten thatsächlich nicht aufgefaßt. Weder die Urkunde vom 10. Januar 1885, noch die darin in bezug genommenen Quittungen der Gewerbebank sprechen auch nur davon, daß die an die Gewerbebank gezahlten Beträge auch nur thatsächlich von B. eingezahlt seien. Als die Einzahlenden sind die Beklagten bezeichnet. . . .

Es kann sich daher nur darum fragen, ob etwa die Beklagten der Verbindlichkeit aus ihren infolge der Beanstandung der ursprünglichen Festsetzungen seitens des Registerrichters abgegebenen Erklärungen einen Formmangel mit Erfolg entgegensetzen können. Dies

hat bereits das Berufungsgericht verneint, und es mußte ihm hierin beigetreten werden. Allerdings bestimmt Art. 209 H.G.B., daß der Inhalt des Gesellschaftsvertrages in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden muß, und da in Wahrheit eine Abänderung des ursprünglichen Inhaltes des Gesellschaftsvertrages der vermöge Simultangründung (vgl. Art. 209 d) zur Entstehung gelangten Aktiengesellschaft stattgefunden hat — B. bezeichnet in der Übereichungsverhandlung vom 17. Januar 1885, welche er im Auftrage der sämtlichen Mitgründer vollzogen hat, ganz richtig die Urkunde vom 10. Januar 1885 als „Nachtrag zum Gründungsprotokoll" — wäre der korrekte Weg gewesen, auch den Inhalt dieser Urkunde in notarieller oder gerichtlicher Verhandlung zur Feststellung zu bringen. Gleichwohl erscheint dieser Formmangel unerheblich. Derselbe muß dadurch für gedeckt erachtet werden, daß die Aktiengesellschaft mit dem Willen der Beklagten auf der Grundlage dieser Veränderung der ursprünglichen Festsetzungen, die immerhin doch einen schriftlichen Ausdruck gefunden hat, auch sich an eine notariell aufgenommene Grunderklärung, welche zum großen Teile wirksam geblieben, anschließt, und in noch nach jener Veränderung erfolgter Bethätigung der den Beklagten in ihrer Eigenschaft als Aktienübernehmer zustehenden Rechte zur Eintragung gelangt ist. Die entsprechende Bestimmung für mit Formmängeln bezeichnete Zeichnungsscheine im Art. 209 e Abs. 3 Satz 2 H.G.B. ist nur die ausdrückliche Sanktion eines für die Sicherheit des Publikums notwendigen Prinzipes für Fälle, in welchen die Möglichkeit von Regelwidrigkeiten besonders zu gewärtigen war. Eine Bethätigung der Rechte als Aktienübernehmer seitens der Beklagten nach jener schriftlichen Veränderung liegt aber in der unstreitig auch in ihrem Auftrage seitens des B. erfolgten Anmeldung des veränderten Gesellschaftsvertrages zur Eintragung, wie sie in der Verhandlung vom 17. Januar 1885 enthalten ist. Denn auch die Nachtragsanmeldung des veränderten Gesellschaftsvertrages mußte gemäß Art. 210 Abs. 4 von den Gründern ausgehen, während niemand Gründer sein konnte, der nicht Aktien übernommen hatte, (Art. 209 e). Daß die Nachtragsanmeldung aber nicht, wie Art. 210 Abs. 4 erforderte, von den Beklagten vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht worden war, erscheint bei der Unstreitigkeit des dem B. zur Nachtragsanmeldung erteilten Auftrages hier,

wo es sich lediglich um die Thatsache eines konkludenten Handelns auf Grund der vorgenommenen Veränderungen handelt, unerheblich.

Bei dieser Auffassung kann es dahingestellt bleiben, ob nicht, wenn in der That die Beklagten aus ihrer Aktienübernahme auf Barzahlung nicht hafteten, sie alsdann auf Grund des Art. 213a als Gründer für den an der Zeichnung des Grundkapitales fehlenden Betrag, bezw. für die in bezug auf die sieben Aktien fehlenden Einzahlungen haften würden." . . .

---

17. Beweis der Gläubigerbenachteiligung bei Anfechtung einer Wechselverpflichtung auf Grund des §. 24 Ziff. 2 K.O. Gegenbeweis durch den Nachweis eines schon vor der kritischen Zeit über den Wechselbetrag erteilten, von Angabe des Schuldgrundes absehenden Schuldversprechens.

I. Civilsenat. Urt. v. 7. Dezember 1889 i. S. M. (Kl.) w. Ferdinand K.'sche Konkursmasse (Bekl.). Rep. I. 260/89.

I. Landgericht Cottbus.
II. Kammergericht Berlin.

Im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft Ferdinand K. meldete der Kläger, welcher Ehemann der Schwester des Mitgesellschafters Ernst K. ist, Forderungen aus drei Wechselaccepten der Gemeinschuldnerin an. Da die Wechsel aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung datierten, auch dem Kläger in dieser Zeit unmittelbar von der nachmaligen Gemeinschuldnerin gegeben waren, bestritt der Konkursverwalter die Forderungen, indem er einredeweise die Wechselverpflichtungen aus §. 24 Ziff. 2 K.O. anfocht. Der Kläger bezog sich hiergegen auf ein schriftliches Schuldanerkenntnis der Gemeinschuldnerin, welches nach seinem Datum über ein Jahr von der Konkurseröffnung ab gerechnet zurücklag, und in welchem die Gemeinschuldnerin dem Kläger „bestätigt hatte, daß er bei ihr ein Guthaben von 13 520 ℳ besitze", über welches ihm fünf Dreimonatsaccepte zu geben sie sich verpflichtete. Zu diesen Accepten sollten die angemeldeten gehören. Dies Schuldanerkenntnis hatte nach Behauptung des

Klägers eine Schuld aus Lieferungen von Waren seitens des Klägers an den früheren Alleininhaber der Firma Ferdinand K. zur Grundlage, welche die Handelsgesellschaft bei Übernahme des Geschäftes mit übernommen hatte. Die Instanzgerichte erachteten den Kläger behufs Führung des Gegenbeweises gegen die Kenntnis einer Benachteiligungsabsicht der Gemeinschuldnerin in bezug auf den materiellen Schuldgrund der Hingabe von Waren an den früheren Firmeninhaber für beweispflichtig und wiesen denselben ab, weil dieser Beweis mißlang. Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil auf.

Aus den Gründen:

. . . „Als objektive Voraussetzung für die Anfechtung gemäß §. 24 Ziff. 2 K.O. genügt neben dem daselbst vorgesehenen Verwandtschaftsverhältnisse und dem Vertragsabschlusse innerhalb des kritischen Zeitraumes nicht der Abschluß eines entgeltlichen Vertrages schlechthin, vielmehr wird erfordert, daß durch den Abschluß die Gläubiger benachteiligt werden. Was zur Begründung dieser Voraussetzung dem Anfechtenden obliegt, darüber herrscht gerade bei der Anfechtung einer vom Gemeinschuldner eingegangenen Wechselverpflichtung unter den Auslegern der Konkursordnung Meinungsverschiedenheit. Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß, weil die Wechselverpflichtung für sich allein noch gar kein entsprechend den Anfechtungsvoraussetzungen qualifizierbares Geschäft — ob entgeltlich oder unentgeltlich — erkennen lasse, das Zurückgehen auf das der Entstehung der Wechselverpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft zur Begründung der Anfechtung gehöre.

Vgl. Petersen u. Kleinfeller, Kommentar (2. Aufl.) zu §. 23 S. 115 Note 2 und die dort Angeführten; v. Wilmowski, Kommentar (4. Aufl.) S. 122.

Soll dies den Sinn haben, daß die Anfechtung ausgeschlossen sei, wenn der Anfechtende das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht darzulegen vermöge, so könnte dies nicht als dem Willen des Gesetzes entsprechend erachtet werden. Denn das Gesetz kann die Anfechtung nicht von der Darlegung von Grundlagen des Wechselgeschäftes abhängig machen wollen, die dem Anfechtenden insbesondere bei unklaren Verhältnissen des Gemeinschuldners unbekannt sind und für ihn häufig unerforschlich bleiben werden. Es wird also davon aus-

zugehen sein, daß der Anfechtende gerade wegen der abstrakten Natur der Wechselverpflichtung es sich zunächst an dem Nachweise, daß der Gemeinschuldner zu Gunsten eines der in §. 24 Ziff. 2 a. a. O. bezeichneten Verwandten als des gewollten Nehmers des Wechsels in der kritischen Zeit eine Wechselverpflichtung eingegangen ist, genügen lassen darf, da diese Verpflichtung die Befriedigungsmittel für die Konkursgläubiger durch Vermehrung der Passiva kürzt, während sie von der Darlegung der geschehenen Zuführung eines entsprechenden Wertes in das Vermögen des Gemeinschuldners unabhängig ist. Aber es erscheint unzutreffend, wenn man hiermit die in der Benachteiligung der Gläubiger beruhende, objektive Anfechtungsvoraussetzung für endgültig erledigt ansieht und alle Entgegnungen des Anfechtungsgegners, welche sich auf jene objektive Voraussetzung beziehen, nur unter dem Gesichtspunkte des die subjektive Seite betreffenden, ihm nachgelassenen Gegenbeweises gegen die Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht prüft.

Auch wenn man der Behauptung des Anfechtungsgegners, daß nach dem der Wechselhingabe zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte der Gemeinschuldner für die Eingehung der Wechselverpflichtung einen entsprechenden Gegenwert erlangt habe, die Bedeutung einer materiellen Einrede der Wiederaufhebung einer in der That durch die Wechselhingabe als bewirkt anzusehenden Gläubigerbenachteiligung beimessen wollte,

vgl. Cosak, Anfechtungsrecht S. 335; Eck in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29 S. 303,

so wäre es doch immer noch die objektive Gläubigerbenachteiligung, welche durch das Zurückgehen des Anfechtungsgegners auf das dem Wechsel zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, als zum mindesten nicht mehr vorhanden, in Frage gestellt würde. Natürlicher und den in Betracht kommenden Hergängen in ihrer zeitlichen Verknüpfung entsprechender erscheint aber die Auffassung, daß die Eingehung der Wechselverpflichtung nur einen Beweis prima facie für das Vorhandensein der Gläubigerbenachteiligung erbringt, der entscheidend bleibt, wenn der Anfechtungsgegner überhaupt ein zu Grunde liegendes Rechtsgeschäft nicht aufdeckt und beweist, der aber entkräftet wird, sobald solche Aufdeckung seitens des Anfechtungsgegners in einer Weise erfolgt, welche die Bedeutungslosigkeit der Wechselverpflichtung

als Benachteiligung wegen einer entsprechend erfolgten Vermehrung der Aktivmasse oder der Beseitigung eines anderen gleich hohen Passivums, die der Wechselverpflichtung zu Grunde liegt, darthut, wobei es dann allerdings wieder dem Anfechtenden unbenommen bleiben muß, die Annahme solcher Ausgleichung durch den Beweis besonderer Umstände, mag er sie aus jener Aufdeckung des Rechtsverhältnisses selbst oder anderswoher schöpfen, zu widerlegen.

Vermöchte demnach der Kläger sich lediglich auf das Vorhandensein des materiellen, durch Lieferungen von Waren und Werten an den früheren Firmeninhaber entstandenen materiellen Schuldgrundes zu berufen, so würde er diesen allerdings zu beweisen gehabt haben. Zwischen jenen angeblichen Lieferungen und der Wechselhingabe liegt aber gerade jenes Schuldanerkenntnis, von welchem der Kläger unter Bezugnahme auf sein Datum behauptet, daß es bereits früher als ein Jahr von der Konkurseröffnung ab zurückgerechnet ihm ausgehändigt, also der Anfechtung aus §. 24 Ziff. 2 a. a. O. entrückt sei. Erweist sich diese Behauptung als richtig, sodaß bereits vor Beginn des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung die Verpflichtung der nachmaligen Gemeinschuldnerin aus jenem Schuldanerkenntnisse bestand, so ist nicht ersichtlich, wie gegenüber der damals bereits vorhandenen Rechtslage durch die Hingabe der bisher unbezahlt gebliebenen und nur zur Teilnahme an den Konkursdividenden liquidierten Wechsel über die gleichen Beträge eine Veränderung dieser Lage zum Nachteile der Konkursgläubiger stattgefunden haben soll. Ist auch das Schuldanerkenntnis vom 1. Juli 1884 wegen der ausdrücklich nur auf Übergabe durch Wechselaccepte übernommenen Verpflichtung kein kaufmännischer Verpflichtungsschein, so ist es doch ein Anerkenntnis im Sinne eines selbständigen Verpflichtungsgrundes. Dies ergiebt sich aus dem Mangel der Angabe eines materiellen Schuldgrundes — „wir bestätigen, daß Herr ꝛc bei uns ein Guthaben von 13 520,24 ℳ besitzt“ — und erklärt sich daraus, daß die Schuld ihrem materiellen Grunde nach vom Vorbesitzer des Geschäftes kontrahiert sein und von der nachmaligen Gemeinschuldnerin durch den Erwerb des Geschäftes vom Vorbesitzer diesem gegenüber übernommen worden sein sollte. Auch bei Geltendmachung jenes Schuldanerkenntnisses wären die Gemeinschuldnerin sowie die Konkursmasse auf eine Verteidigung, mittels welcher sie die Voraussetzungen für die Rückforderung einer Leistung

wegen mangelnden Rechtsgrundes zu beweisen hätten, sodaß sie das Fehlen des materiellen Schuldgrundes darthun mußten, beschränkt gewesen. Schlechter steht die Konkursmasse auch infolge der geschehenen Hingabe der Wechsel gegenüber der Geltendmachung dieser nicht. Erwägungen, wie die vom Berufungsgerichte angestellten, daß mittels des Wechsels eine schnellere Eintreibung der Forderung ermöglicht werde, sowie daß im vorliegenden Falle die Fälligkeit der Schuld der für die Deckung durch Wechsel getroffenen Vereinbarung zuwider bei der Hingabe der Wechsel verfrüht worden sei, würden nur dann von Belang sein können, wenn infolge der Wechselhingabe die Zahlung stattgefunden hätte, und es sich darum handelte, mittels der Anfechtung der Wechselhingabe und der auf dieselbe hin erfolgten Zahlung letztere zurückzufordern. Hat der Gläubiger von den ihm durch die Wechselhingabe gewährten Mitteln zur schleunigeren oder früheren Eintreibung der Zahlung keinen Gebrauch gemacht, so ist es für die Frage der objektiven Benachteiligung der Gläubiger so anzusehen, als hätte er den ihm gewährten Vorteil der Masse wieder zurückgewährt. Die Steigerung, welche der vorhandene Anspruch durch die Wechselhingabe um Protestkosten und Provisionen und etwa um Zinsen erfährt, kann immer nur zur Anfechtung dieser Steigerungen, aber nicht zur Beseitigung des Anspruches, soweit er sich mit dem vor der Wechselhingabe bestandenen deckt, führen. Daß, soweit die Forderung aus dem Wechsel geltend gemacht wird, die Konkursmasse die Zahlung der Dividende auf die alte Schuld, zu deren Deckung der Wechsel gegeben worden, erspart, bedarf keiner besonderen Ausführung.

Freilich ist es denkbar, daß schon die vor der kritischen Zeit erfolgte Begründung der abstrakten Schuldverpflichtung eine Benachteiligung der Gläubiger enthalten hat, indem die Aufstellung derselben des materiellen Schuldgrundes überhaupt entbehrt. In diesem Falle würde in der späteren Wechselhingabe zwar keine Veränderung des Zustandes, wie er bereits vorher und beim Ausbruche des kritischen Jahres vorhanden war, aber immerhin doch eine erneute Bethätigung jener Gläubigerbenachteiligung zu finden sein. Indessen ist es nicht Sache des Anfechtungsgegners, den Beweis, daß dies nicht der Fall gewesen, zu erbringen. Er genügt seiner Pflicht im Falle der Anfechtung des Formalverpflichtungsaktes aus §. 24 Ziff. 2, wenn er

beweist, daß die Lage der Masse für die Befriedigung der Gläubiger durch diesen Rechtsakt gegenüber dem Zustande vor demselben nicht zu deren Nachteil verändert ist. Und es ist Sache des Anfechtungsklägers, wenn er trotzdem zur Beseitigung des Rechtsaktes gelangen will, den früheren Rechtsakt, in welchem der spätere die Stütze findet, vermöge deren ihm eine nachteilige Veränderung nicht innewohnt, entsprechend den Anfechtungsvorschriften anzufechten. Denn es muß, wenn dies nicht geschieht oder nicht geschehen kann, davon ausgegangen werden, daß jener frühere Akt keine Benachteiligung der Gläubiger enthält, und alsdann bleibt entscheidend, daß durch den späteren Akt keine Veränderung der Rechtslage zum Nachteile der Gläubiger eingetreten ist. Eine Feststellung dahin, daß für die Ausstellung des Schuldanerkenntnisses in Wahrheit ein materieller Schuldgrund nicht existierte, oder auch nur, daß das Schuldanerkenntnis im Hinblicke auf einen Konkursausbruch wegen der erkannten Unzulänglichkeit der für eine erfolgreiche Geltendmachung des materiellen Anspruches vorhandenen Grundlagen ausgestellt worden, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dasselbe nimmt nur an, daß der Kläger den materiellen Schuldgrund nicht bewiesen habe, und die Grundlage dieser Annahme beruht hauptsächlich nur auf der Unzulänglichkeit des jetzt allein noch vorhandenen Materials an Handlungsbüchern. Daß zur Zeit der Ausstellung des Schuldanerkenntnisses das Geschäft bereits insolvent war, — gemeint kann nur sein, daß es überschuldet war, — und daß der Kläger dies wissen mußte, erscheint für sich allein nicht geeignet, jenem Schuldanerkenntnisse und folgeweise den sich daran reihenden Wechselverpflichtungen die Wirkung der Gläubigerbenachteiligung zu geben.

Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man übrigens auch, falls man annehmen wollte, daß der Mangel der objektiven Benachteiligung der Gläubiger durch die Wechsel nicht aus dem bloßen vorherigen Vorhandensein des abstrakten Schuldanerkenntnisses gefolgert werden dürfe, weil beide Urkunden immerhin Schuldpapiere verschiedener Art wären, bei Beurteilung der subjektiven Anfechtungsvoraussetzung. Wenn dem Anfechtungsgegner im Falle des §. 24 Ziff. 2 a. a. O. der Beweis obliegt, daß er von einer Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, keine Kenntnis gehabt habe, so darf sich doch diese ihm obliegende Bekämpfung der ihm entgegenstehenden

Präsumtion, die zugleich die Präsumtion der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners ist, auf diejenigen Benachteiligungsabsichten beschränken, welche als möglich demjenigen Rechtsakte innewohnen, der die Benachteiligung enthalten soll und angefochten wird. Bei der Führung des Beweises gegen die Präsumtion darf daher der Anfechtungsgegner vorausgegangene Rechtsakte, welche der Anfechtung aus §. 24 Ziff. 2 entzogen sind, als rechtmäßige behandeln. Er hat nicht auch noch einen Beweis gegen eine diesen innewohnende Benachteiligungsabsicht zu führen, da ihm bei diesen keine Präsumtion entgegensteht. Wenn also davon ausgegangen werden darf, daß dem Kläger vor der kritischen Zeit das — ebendeshalb auf Grund des §. 24 Ziff. 2 nicht anfechtbare — Schuldanerkenntnis erteilt worden war, welches zugleich noch die Verpflichtung des Schuldners enthielt, dem Kläger in Höhe des anerkannten Betrages seine Wechselaccepte zu geben, während doch durch Hingabe dieser Accepte materiell die Last der Konkursmasse gegenüber der bereits zuvor vermöge des Schuldanerkenntnisses bestehenden, abgesehen von den Wechselnebenkosten, nicht vergrößert wurde, so ist nicht abzusehen, weshalb damit nicht der Beweis des Anfechtungsgegners, daß der Schuldner bei Hingabe der Accepte keine Absicht der Benachteiligung der Gläubiger gehabt habe, geführt sein sollte.

Aus allem diesen ergiebt sich, daß die bisherige Begründung des Berufungsurteiles nur zureichen würde, wenn der Kläger nicht zu beweisen vermag, daß er das Schuldanerkenntnis früher als ein Jahr vor der Konkurseröffnung erhalten hat, — wobei es der Würdigung des Instanzgerichtes überlassen werden muß, welches Gewicht für diesen Beweis die Datierung desselben vom 1. Juli 1884 und die anscheinend unstreitige Thatsache, daß das Geschäft mit dem 1. Juli 1884 von Ferdinand K. auf die Handelsgesellschaft übergegangen, zu beanspruchen haben —, daß aber, wenn dieser Beweis als geführt zu erachten ist, eine Anfechtung dieser Wechselhingaben der Hauptsache nach — im Gegensatze zu den Wechselnebenkosten — den Nachweis seitens des Konkursverwalters voraussetzt, daß die Gemeinschuldnerin das Schuldanerkenntnis in der dem Kläger bekannten Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen (§. 24 Ziff. 1 a. a. O.) ausgestellt habe."...

18. Fällt die Aufrechnung einer gegen den Gemeinschuldner unter Kenntnis seiner Zahlungseinstellung erworbenen Forderung auf eine erst nachher gegen den Gemeinschuldner begründete Schuld unter §. 48 Ziff. 3 K.O.? Gegen welchen Rechtsakt hat sich zur Verhinderung der Deckung eines Gläubigers mittels Aufrechnung die Anfechtung nach §. 23 K.O. zu richten?

I. Civilsenat. Urt. v. 21. Dezember 1889 i. S. T.'sche Konkursmasse (Kl.) w. T. (Bekl.) Rep. I. 275/89.

I. Landgericht Guben.
II. Kammergericht Berlin.

Der Beklagte hatte an den Gemeinschuldner noch nach dessen Zahlungseinstellung Waren verkauft und geliefert. Er hatte aber auch von demselben teils vor jenen Verkäufen, teils nach denselben Waren gekauft und empfangen; der Forderung des Konkursverwalters auf Zahlung der Kaufpreise für die vom Gemeinschuldner gelieferten Waren setzte der Beklagte die Aufrechnung in Höhe der Kaufpreise für die von ihm dem Gemeinschuldner gelieferten Waren entgegen. Das Berufungsgericht nahm an, daß der Beklagte, als er dem Gemeinschuldner die Waren verkaufte, von dessen Zahlungseinstellung Kenntnis gehabt habe, und erachtete deshalb die Aufrechnung durch §. 48 Ziff. 3 K.O. für ausgeschlossen. Das Reichsgericht hielt die Aufrechnung zum Teile, nämlich gegen die Kaufpreise für diejenigen Waren, welche der Gemeinschuldner erst nach seinen Verkäufen an den Beklagten von diesem gekauft hatte, für begründet.

Aus den Gründen:

... „Vermag auch der Beklagte zwar die von ihm beanspruchten Warenpreisforderungen wegen §. 48 Ziff. 3 K.O. nicht den Warenpreisforderungen des Gemeinschuldners im Wege der Aufrechnung entgegenzusetzen, soweit letztere vor den ersteren entstanden sind, so hindert ihn dieses Gesetz doch an der Aufrechnung jener Forderungen auf die des Gemeinschuldners nicht, soweit letztere später entstanden sind. Es ist für die Anwendung des §. 48 Ziff. 3 a. a. O. nicht gleichgültig, ob die Entstehung der Schuld an den Gemeinschuldner dem Erwerb einer Forderung gegen denselben zeitlich vorausgegangen oder nachgefolgt ist, sodaß das Gesetz auch dann angewendet werden

könnte, wenn jemand nach der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners unter Kenntnis hiervon eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erlangt hat und ihm erst sodann etwas schuldig geworden ist. Es widerspräche dies der natürlichen Auslegung der Gesetzesworte, welche durch das „schuldig war" und das darauffolgende „erworben hat" die erforderliche Zeitfolge dahin präzisieren, daß die betreffende Person bereits Schuldner des Gemeinschuldners gewesen sein muß, als sie eine Forderung gegen denselben erlangte, ferner dem offenbaren Anschlusse des zeitlichen Verhältnisses von Schuldbegründung und Forderungserwerb in der Fassung der Ziff. 3 an die Fassungen der Ziff. 1. 2 im §. 48 und dem Zwecke des Gesetzes. Dasselbe will verhindern, daß Schuldner des nachmaligen Gemeinschuldners ihr Schuldverhältnis durch einen wegen der bekannt gewordenen Zahlungseinstellung des letzteren mit geringen Opfern verknüpfte Erlangung von Forderungen gegen diesen zu ihrem Vorteile und zum Nachteile der Konkursgläubiger erledigen. Für diesen Zweck wurde die Anfechtung aus §. 23 K.O. nicht für zureichend erachtet, weil dieser sich nur auf die Deckung, die dem Gläubiger des Gemeinschuldners verschafft werde, nicht aber auf die Schulderledigung, die sich der Schuldner des Gemeinschuldners durch Begründung einer Forderung gegen diesen im Zustande seiner Zahlungsunfähigkeit verschaffe, beziehe.

Vgl. Protokolle der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfes der K.O. 7. Sitzung in Hahn, Materialien Bd. 4 S. 554 — nach welchen ein Änderungsvorschlag des Abgeordneten Hullmann, insofern er auf schärfere Hervorhebung der betreffenden Zeitfolge hinzielte, nur als redaktioneller bezeichnet, vom Regierungskommissar als entbehrlich unter Hinweis auf den Einklang der Fassung mit Ziff. 1. 2 erachtet und abgelehnt wurde — Hullmann, Kommentar zur K.O. S. 193 Note 7; Petersen u. Kleinfeller, Kommentar zur K.O. (2. Aufl.) S. 253 Note 2; Dernburg, Preuß. Privatrecht 4. Aufl. Bd. 2 S. 318.

Eine Verhinderung der Deckung, welche sich der Gläubiger des Gemeinschuldners für seine Forderung dadurch schafft, daß er auf dieselbe eine Schuld aufrechnet, die er, als er bereits Gläubiger war, gegen den Gemeinschuldner eingegangen ist, kann nur im Wege der Anfechtung nach §. 23 K.O. bewirkt werden, und zwar indem den Gegenstand der Anfechtung, sofern anderenfalls die gesetzlichen Vor-

ausſetzungen der Aufrechnung vorhanden bleiben, das Rechtsgeſchäft bilden muß, durch welches die ſonſt aufrechenbare Schuld begründet worden iſt.

Unter der Herrſchaft der preußiſchen Konkursordnung vom 8. Mai 1855, deren §. 101 Ziff. 2. 3 in größerer Einſchränkung als der jetzige §. 23 K.O. nur „Zahlungen" als Gegenſtand der Anfechtung erachtete, ſind darüber verſchiedene Anſichten laut geworden, ob bei Kaufverträgen, die der Gemeinſchuldner in der kritiſchen Zeit als Verkäufer mit ſeinem Gläubiger abſchließt, zur Verhinderung der Kompenſation zwiſchen der Kaufpreisſchuld mit der Forderung des Gläubigers die Anfechtung gegen den Kaufvertrag ſelbſt gerichtet werden muß oder auch nur darf, oder ob ſie nur gegen den „Kompenſationsakt" zu richten iſt. Einerſeits iſt ausgeſprochen worden, daß nicht das Rechtsgeſchäft ſelbſt, durch welches die Kaufpreisſchuld begründet worden, ſondern nur die darin verabredeten Kompenſationsakte den Gegenſtand der Anfechtung bildeten,

vgl. Striethorſt, Archiv Bd. 58 S. 175; Entſch. des R.O.H.G.'s Bd. 7 S. 335,

andererſeits, daß die Anfechtung des Kaufvertrages ſelbſt begründet ſei, wenn der Zweck desſelben darin beſtehe, die Kaufgegenſtände dem Gläubiger zum Zwecke ſeiner Befriedigung durch dieſelben für die beſtehende Forderung zu überlaſſen,

Vgl. Entſch. des Obertrib. Bd. 64 S. 346, auch abgedruckt in Striethorſt, Archiv Bd. 77 S. 146; Entſch. des R.O.H.G.'s Bd. 10 S. 210; vgl. außerdem die zuletzt erwähnte Entſcheidung des R.O.H.G.'s Bd. 10 S. 212 a. E.; Fitting, Reichskonkursrecht S. 193 Note 18; Stieglitz, Kommentar zur K.O. S. 142; Coſack, Recht der Anfechtung S. 200.

Von einer Anfechtung lediglich der Aufrechnung bei Nichtanfechtung des Rechtsgeſchäftes, welches die Schuld des bisherigen Gläubigers, mit der er ſich für ſeine Forderung decken will, begründet hat, kann nur die Rede ſein, wenn neben dem Hauptgeſchäfte zugleich ein Kompenſationsabkommen getroffen iſt, ſodaß dieſes angefochten werden kann. Dieſe beſchränkte Anfechtung wird übrigens auch nur zu einem Ziele führen, wenn nicht auch bei Beſeitigung des Abkommens, doch immer, weil das Rechtsgeſchäft beſtehen bleibt, welches die Schuld begründet, die geſetzliche Befugnis zur Aufrechnung, die für

den Fall des Konkurses nach §. 47 Abs. 1 K.O. von gewissen, sonst geltenden Voraussetzungen unabhängig ist, bestehen bleibt, also nur dann, wenn, während an sich wegen der Natur der Forderung oder der Schuld die Kompensation aus Gründen, die nicht durch §. 47 a. a. O. beseitigt werden, unzulässig wäre, durch jenes Abkommen dieselbe vollzogen oder ihre künftige Vollziehung vereinbart oder die Natur der Forderung oder der Schuld mit der Wirkung des Eintrittes der Kompensabilität geändert worden wäre. Sind aber mit dem Abschlusse des Rechtsgeschäftes für die dadurch gegen den Gemeinschuldner begründete Schuld gegenüber einer gegen denselben bereits bestehenden Forderung ohne weiteres die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben, so müssen deren Wirkungen eintreten, sofern nicht jenes Rechtsgeschäft selbst angefochten wird. Denn man kann wohl ein Geschäft wegen seiner gesetzlichen Wirkungen, wenn es bestehen bliebe, anfechten, aber nicht es unangefochten lassen und bloß seine gesetzliche Wirkung anfechten wollen. Der Versuch, in der Nichtzahlung des Kaufpreises ein Stundungsabkommen zu finden, das Gegenstand der Anfechtung werden könne und allein zur Aufrechnung befähige (vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 11 S. 401), erscheint verfehlt. Die Kompensation hat ihre Voraussetzung nicht in der Stundung, sondern in der Entstehung der Kaufpreisforderung beim Vorhandensein einer Forderung des Käufers an den Verkäufer, auch wenn der Kauf als Barkauf geschlossen ist, sofern nicht etwa nach besonderen Umständen eine solche Abmachung gerade im Sinne des Verzichtes auf die Kompensation aufzufassen wäre. Ebensowenig kann man etwa die Rechtshandlung der Geltendmachung der Aufrechnung von der Befugnis hierzu trennen und für die anfechtbare Rechtshandlung erklären wollen. Die §§. 46. 47 K.O. sprechen ausdrücklich aus, daß, sobald der Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist, er diese Befugnis gerade im Konkursverfahren geltend machen kann. Gleichviel welche Bedeutung der Geltendmachung der Kompensation gegenüber der bereits vorhandenen Kompensationslage nach dem in Betracht kommenden bürgerlichen Rechte beizumessen wäre, so ergiebt sich hieraus, daß die Anfechtung sich nur gegen die Befugnis selbst und nicht gegen deren Geltendmachung richten kann, was mit der Auffassung der Kompensation seitens des preußischen Landrechtes auch durchaus übereinstimmt. Übrigens hätte es, wenn in Trennung des Rechts-

geschäftes, welches die Schuld gegen den Gemeinschuldner hervorruft, von der Kompensationswirkung letztere für sich Gegenstand der Anfechtung sein könnte, der Bestimmung des §. 48 Ziff. 3 nicht bedurft, indem alsdann schon unter dem Gesichtspunkte der Anfechtung durch §. 23 Ziff. 1 Satz 2 auch die Fälle gedeckt sein würden, zu deren Deckung der §. 48 Ziff. 3 für erforderlich erachtet worden ist. Nach der Fassung des §. 23 Ziff. 1 ist aber die Anfechtung des Rechtsgeschäftes, welches die Kaufgeldschuld begründet hat, zulässig sowohl, wenn der Zweck des ganzen Geschäftes lediglich die Aufrechnung, also in Wahrheit Hingabe der Sachen an Zahlungsstatt war, wie wenn wirklich Verkauf beabsichtigt war, und die Aufrechnung nur die gesetzliche Wirkung wäre. Denn auch in letzterem Falle wird dem Konkursgläubiger durch das Geschäft für seine Forderung eine Befriedigung gewährt. Nur werden beide Fälle dahin sich unterscheiden lassen, daß im letzteren der Anfechtungsgegner die Anfechtung des Geschäftes durch den Verzicht auf die Aufrechnung wird beseitigen können, weil er damit dem Anfechtenden wegen seines ganzen Interesses an der Anfechtung Genüge leistet.

Nach diesen Ausführungen ist die Annahme des Berufungsgerichtes, daß der Gemeinschuldner bei seinen Verkäufen an den Beklagten seine Zahlungen bereits eingestellt und dieser hiervon Kenntnis hatte, ohne Bedeutung, da der Konkursverwalter diese Verkäufe, mit deren Preisen sich der Beklagte für seine Kaufpreisforderungen, soweit sie früher entstanden, decken will, nicht angefochten hat, in welchem Falle er nicht, wie er mit der Klage thut, die Kaufpreise, sondern nur die verkauften Waren selbst und beim Nichtvorhandensein derselben ihren Wert fordern könnte, vielmehr gerade auf Grund dieser Kaufverträge klagt." . . .

19. Rechtswirksamkeit der Rübenlieferungspflicht unter dem Gesichtspunkte eines selbständigen, nur an die Voraussetzung der Aktionäreigenschaft geknüpften Rechtsverhältnisses.

Kann bei Nichterfüllung eines Vertrages wegen Konkurses des leistungspflichtigen Kontrahenten die vertragsmäßig für die Nichterfüllung festgesetzte Konventionalstrafe als Konkursforderung wegen Nichterfüllung

geltend gemacht werden? Geltendmachung bei einem fortlaufende Jahresleistungen mit Konventionalstrafen für deren Nichterfüllung umfassenden Komplexverhältnisse.

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Februar 1890 i. S. Zuckerfabrik Brakel (Kl.) w. K.'sche Konkursmasse (Bekl.). Rep. I. 334/89.

I. Landgericht Paderborn.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Klägerin fordert im Konkurse des Ackerpächters K. als eines ihrer sog. Rübenaktionäre Feststellung eines Anspruches auf Konventionalstrafe von 9000 ℳ als Konkursforderung wegen in der Campagne 1888/89 unterlassener Rübenlieferung.

Das Statut der klägerischen Aktiengesellschaft enthält eine Reihe von Bestimmungen über den Bau und die Lieferung von Zuckerrüben an die Klägerin, von denen gesagt ist, daß die Aktionäre, ihnen nachzukommen, sich durch den Beitritt zur Aktiengesellschaft zugleich vertragsmäßig verpflichteten. Danach sollte der Inhaber einer Aktie jährlich fünf Morgen Zuckerrüben bauen und mindestens 450 Centner Rüben an die Aktiengesellschaft abliefern. Für jeden weniger gelieferten Centner sollte er eine Konventionalstrafe von $^1/_2$ ℳ zahlen. Für nicht gelieferte Rüben sollte eine Dividende nicht beansprucht werden können. Die Lage und Größe der zum Rübenbaue bestimmten Äcker sollte bis zum 1. Dezember beim Vorstande genau angegeben werden, die Legung der Kerne bis zum 20. Mai jedes Jahres erfolgen. In betreff des Preises ist nur bestimmt, daß er alljährlich im Laufe oder am Ende der Campagne durch den Aufsichtsrat festgestellt wird. Bei der Aktiengesellschaft beteiligte Pächter sollten, sobald sie die Pachtgüter, auf denen sie die Rüben bauten, abgäben, und ferner Eigentümer im Falle der Veräußerung ihrer Grundstücke nach Ablauf von 15 Jahren von der Errichtung der Aktiengesellschaft ab ihre Aktien verkaufen dürfen, wenn der Käufer derselben die Verpflichtungen in betreff des Baues und der Lieferung der Rüben mit übernähme. Bei Unverkäuflichkeit der Aktien in solchem Falle sollte der Aktionär durch Rückgabe der Aktien an die Aktiengesellschaft sich von den Verpflichtungen in betreff des Baues und der Lieferung der Rüben lossagen dürfen.

Der nachmalige Gemeinschuldner war mit 40 Aktien beteiligt. Er verfiel am 18. Mai 1888 in Konkurs. Die Bestellung der Äcker

mit Rüben hatte er zur Zeit noch nicht vorgenommen, und sie wurde auch nicht nachgeholt, weil infolge des Konkurses die Äcker zum Juli 1888 dem Verpächter zurückgewährt wurden. Die 40 Aktien hatte der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung verpfändet. Die Forderung der Konventionalstrafe gründet sich auf das Unterbleiben der Lieferung von 450 Centnern pro Aktie im Herbst 1888.

Der Konkursverwalter bestritt den Anspruch, einmal weil die Rübenlieferungspflicht wegen ihrer Normierung als aktienrechtliche mit dem Aktienrechte unverträglich und deshalb unwirksam sei, ferner, weil eine Konventionalstrafe, die bei Eröffnung des Konkurses noch nicht verfallen war, im Konkurse nicht geltend gemacht werden könne, indem durch Nichterfüllung, welche die Folge des Konkurses sei, eine Konventionalstrafe überhaupt nicht begründet werden könne, auch für solchen Fall der Nichterfüllung nicht festgesetzt sei.

Das Berufungsgericht hat die Forderung für begründet erachtet, und die hiergegen erhobene Revision des Konkursverwalters ist vom Reichsgerichte verworfen worden.

Aus den Gründen:

... „Grundlegend für die Beurteilung des erhobenen Anspruches ist die Entscheidung darüber, ob das Berufungsgericht mit Recht die Rübenlieferungspflicht, statt sie als integrierenden Teil einer aus Kapitalsbeitrag und Lieferung von Produkten bestehenden und in der Aktie zusammengefaßten Beteiligung anzusehen und deshalb, weil innerhalb der Aktiengesellschaft nach dem Wesen der als solchen zugelassenen Gesellschaftsform nicht unterzubringen, während doch diese Gesellschaftsform gewählt, für unverbindlich zu erachten, als eine der Aktionärbeteiligung gegenüber rechtlich für sich bestehende, beruhend auf einem besonderen Vertrage, der freilich wegen der Aktionäreigenschaft des sich Verpflichtenden geschlossen wird, und inhalts dessen Einzelbestimmungen sich die Bewirkung des Zusammenbleibens der Aktionäreigenschaft und der Rübenlieferungspflicht bei derselben Person zum Ziel setzen, aufgefaßt hat. Das Revisionsgericht ist im vorliegenden Falle der Auffassung des Berufungsgerichtes, welche auf die Begründung der Entscheidung des III. Civilsenates in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 5 flg. Bezug nimmt, beigetreten.

Zunächst hat, worüber der I. Civilsenat sich in dem in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 148 flg. abgedruckten Urteile,

vgl. S. 155, die Entscheidung noch vorbehielt, nicht angenommen werden können, daß die Rübenlieferungsverpflichtung dann von der Aktienbeteiligung des deutschen Aktiengesellschaftsrechtes umfaßt werden könnte, wenn die Lieferung nur gegen eine ihrem Werte entsprechende und lediglich innerhalb der Grenzen der jedesmaligen Marktpreise wandelbare Vergütung zu erfolgen hätte. Auch in solchem Falle wirklicher Austauschleistungen können Rechte und Pflichten aus dem Rübenlieferungsverhältnisse und Rechte und Pflichten aus der Kapitalsbeteiligung, wenn man sie als aus einem und demselben einheitlichen Verhältnisse hervorgehend erachtet, bei jeder irgendwie erheblichen Abweichung von der normalen Erledigung der Verpflichtungen derartig aufeinanderstoßen, daß sich gar nicht ersehen läßt, wie die Ausgleichung bei gleichzeitiger Wahrung der durch die Eigenart des Verhältnisses begründeten schutzbedürftigen Interessen einerseits und der aktienrechtlichen Grundsätze andererseits erfolgen soll. Der Grund liegt darin, daß es nach Lage der Gesetzgebung für Mischformen kein denselben Rechnung tragendes Aktienrecht giebt. Um wahre Mischformen handelt es sich aber, wenn man das Rübenlieferungsverhältnis der Beteiligung als Aktionär einverleiben will. Man verkennt die Bedeutung des ersteren und das Wesen der Aktie, wenn man ersteres als bloßes annexum der Aktie bezeichnet und ihm die Unterstellung unter die Beteiligung als Aktionär damit eröffnen zu können glaubt, daß das Aktiengesetz Namensaktien kennt und die Knüpfung der Übertragbarkeit an eine besonders qualifizierbare Genehmigung der Gesellschaft zuläßt. Es handelt sich um umfangreiche Produktivleistungen genossenschaftlicher Natur, die mit der Aktienbeteiligung verknüpft werden sollen, und die für die Gesellschaft dieselbe Wichtigkeit wie der Kapitalsbeitrag haben. Eine reine Willkür der Gesellschaft in Bezug auf die Genehmigung der Übertragung der Aktie dürfte aber gerade mit dem Wesen der letzteren unvereinbar sein, wie denn auch gemäß diesem Wesen selbst die ungenehmigte Übertragung der ausgegebenen Aktienurkunde, auch wenn die Gesellschaft den Erwerber als Mitglied nicht anzuerkennen braucht, immer noch gewisse Wirkungen ausüben wird und soll. Die Normen des Gesetzes sind, wie sich insbesondere an den Vorschriften über die Form der Zeichnungsscheine bei der Gesellschaftserrichtung, über den Inhalt der Aktienurkunden und der Interimsscheine und die Übertragbarkeit derselben, über die Unzulässig-

keit der Aufrechnung gegen die Einlage sowie eines Zurückbehaltungsrechtes an derselben und an allen denjenigen Grundsätzen, welche die gewährten und versprochenen Leistungen als das unbedingte Haftungsobjekt kennzeichnen, zeigt, ausschließlich auf die reine Kapitalsgesellschaft berechnet. Es giebt keine sog. Natur der Sache, entsprechend welcher die Rechtsprechung die Konsequenzen einer Verschmelzung der Kapitalsgesellschaft fremder Elemente mit derselben ziehen könnte. Sie vermag die aktienrechtlichen Normen nicht zu modifizieren. Bei der engen Verbindung, welche zwischen der Kapitalsbeteiligung und dem durch die Produktivleistungen der Mitglieder entstehenden Verhältnisse besteht und bestehen soll, läßt sich aber auch keine Beschränkung der aktienrechtlichen Normen auf das Kapitalbeteiligungsverhältnis durchführen, die nicht als Unterordnung des anderen Leistungsverhältnisses unter dieses das Gesamtverhältnis nach dessen Tendenz beeinträchtigte oder beim Mangel solcher Unterordnung eben doch die aktienrechtlichen Normen in ihrer Wirkung modifizierte. Dies zeigt sich insbesondere, wenn es sich darum handelt, den Inhalt und Umfang des Gläubigerrechtes des Aktionärs als Rübenlieferers auf Abnahme und Vergütung der Lieferung im Verhältnisse zu anderen Gesellschaftsgläubigern der überschuldeten Gesellschaft für Fälle, in welchen diese die Rüben nicht abnimmt, und Interessenforderungen wegen ihrer Nichterfüllung gegen sie entstehen, festzustellen.

Kann danach eine Qualifizierung des aktienrechtlichen Verhältnisses in der Weise, daß es das die Rübenlieferungen betreffende Verhältnis in sich aufzunehmen vermöchte, nach der bestehenden Gesetzgebung nicht für zulässig erachtet werden, so ist es doch möglich und liegt als Ausweg für den zu erreichenden Zweck nahe, beide Verhältnisse nebeneinander zu begründen und aus dem Rübenlieferungsvertrage heraus, den der Einzelne in der Voraussetzung, daß er Aktionär wird, mit der Aktiengesellschaft schließt, durch besondere Bestimmungen desselben den Erfolg des Zusammenbleibens beider Verhältnisse zu bezielen. Freilich werden die einzelnen rechtlichen Konsequenzen dieser äußeren Verbindung in vielen Punkten andere sein, als es die einer inneren Einordnung der Rübenlieferung in das aktiengesellschaftliche Verhältnis, falls sie wirksam wäre, sein würden. Insbesondere wird sich der bezweckte Erfolg nur bis zu gewissen Grenzen, über die hinaus die Privat-Autonomie sich gegenüber der

Eigenart des aktienrechtlichen Verhältnisses unzulänglich erweisen wird, erreichen lassen. Da die Natur der Aktie bei dieser Nebeneinanderstellung beider Verhältnisse keine Veränderung oder Beschränkung erfährt, so wird insbesondere der Konkurs des Aktionärs wie die Pfändung der Aktie die vorhandene äußere Klammer sprengen, und es werden Aktie und Rübenlieferung auseinanderfallen. Immerhin hat solche Konstruktion innerhalb gewisser Grenzen, die sich erst bei besonderen Ereignissen zeigen, eine dem gesetzten Zwecke entsprechende Wirkung, und es wäre gewiß eine nicht zu billigende Folgerung, wenn daraus, daß die Beteiligten solche Eingrenzung der Wirkung ihrer Festsetzungen nicht gewollt haben könnten, geschlossen werden sollte, daß sie etwas gewollt haben müßten, das gänzlich unwirksam sein würde. Bei der Auslegung des Vertragsinhaltes nach seiner konstruktiven Seite steht aber die Rechtsprechung den vorliegenden Verhältnissen allerdings, wie dies auch in dem bereits erwähnten Urteile des III. Civilsenates des Reichsgerichtes hervortritt, anders gegenüber, als es bei einer vereinzelten, aus ganz individuellen Verhältnissen heraus erfolgten Willensäußerung der Fall sein möchte. Bei letzterer mag das für den unbefangenen Sinn zunächst Liegende die entscheidende Bedeutung gewinnen, auch auf die Gefahr hin, daß sich damit die ganze Erklärung als unwirksam darstellt. Hier handelt es sich um typische Festsetzungen, die in gleicher Art, namentlich was die Zusammenfassung in einer und derselben, als Gesellschaftsstatut bezeichneten Urkunde anlangt, für die zahlreichen als Aktiengesellschaften mit Rübenlieferungspflicht der Aktionäre errichteten Rübenzuckerfabriken schon von einer hinter der Einführung des Handelsgesetzbuches in den einzelnen deutschen Staaten zurückliegenden Zeit ab getroffen worden sind. Die schon gegen Ende der sechziger Jahre von einzelnen Spruchbehörden (vgl. West in Busch, Arch. f. Handelr. Bd. 36 S. 107 flg.) vertretene Konstruktion des neben dem Aktiengesellschaftsverhältnisse bestehenden besonderen, die Rübenlieferungen betreffenden Vertragsverhältnisses ist bei der wachsenden Einsicht in die der Wirksamkeit einer Einverleibung des letzteren Verhältnisses in das aktienrechtliche entgegenstehenden rechtlichen Bedenken später als diejenige gekennzeichnet worden, welche diesen Aktiengesellschaften zu Grunde liege, und wegen deren die betreffenden Festsetzungen zulässig seien,

vgl. v. Hahn, Kommentar 3. Aufl. Bd. 1 S. 651,

und diese Auffassung hat so weite Verbreitung gefunden, daß, als in der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfes des Gesetzes, betreffend die Aktienkommandit- und Aktiengesellschaften im Jahre 1884, eine Regelung der Stellung dieser besonderen Gesellschaften im Sinne der ausdrücklichen Zulassung der Erstreckung der Aktionärverpflichtung auf solche annexa in Anregung gebracht wurde, diese Anregung mit der Erwiderung beseitigt werden konnte, es läge zur Abänderung des geltenden Rechtes kein Grund vor, da sich keinerlei Unzuträglichkeiten gezeigt hätten, indem es sich bei der Rübenlieferung um die obligatio eines Dritten handle, für deren Zusammenhalten mit der Aktionärbeteiligung in einer Person die Erforderlichkeit der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktie das genügende Mittel gebe.

Vgl. den Bericht der Kommission Nr. 128 der Druckf. des Reichstages 5. Legisl.-Per. IV. Session 1884, S. 16. 17.

Bei der Bezeugung solcher Auffassungen in Litteratur und Praxis erscheint es nicht bedenklich, die gleiche Konstruktion den entsprechenden Festsetzungen in dem Statute einer im Jahre 1880 errichteten Aktiengesellschaft zu unterstellen, sofern derselben nicht mit ihr schlechterdings unvereinbare Festsetzungen hindernd entgegenstehen. In dieser Richtung wird freilich, um die Konstruktion möglich zu machen, immer erforderlich sein, daß das Rübenlieferungsverhältnis für sich eine bestimmte rechtsgeschäftliche Individualität zur Darstellung bringt, und wenn es auch nur die einer wegen des Interesses an der Aktiengesellschaft übernommenen Verpflichtung gegen dieselbe zu wiederkehrenden Leistungen gegen ein denselben angemessenes, wenn auch, wie etwa bei der Rücksicht auf einen dauernden Geschäftsfreund, in bestimmtem Maße gehaltenes Entgelt ist. Wenn dagegen freilich eine ausdrückliche Festsetzung getroffen ist, nach welcher der Rübenlieferer in Bezug auf das Recht eines Entgeltes überhaupt oder seine Höhe von der finanziellen Lage des Aktienunternehmens abhängig ist, mit den Rübenwerten zur Beseitigung einer Unterbilanz beitragen muß, sodaß gar nicht ersichtlich ist, unter welchen rechtsgeschäftlichen Typus die Verpflichtung zu Lieferungen, für die möglicherweise entweder gar kein Entgelt oder doch ein den Wert des zu Leistenden nicht deckendes gewährt wird, für sich allein betrachtet, gebracht werden soll, so ist jene Konstruktion eben nicht möglich, und aus diesem Grunde ist bei derartigen Festsetzungen in dem in Entsch. des R.G.'s in Civils.

Bd. 21 S. 149 abgedruckten Urteile und neuerdings in dem Urteile des III. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 10. Dezember 1889 i. S. der Aktienzuckerfabrik M.-H. w. G. Rep. III. 283/89 die Rechtswirksamkeit der Rübenlieferungspflicht verneint worden. Solche Festsetzungen enthält das vorliegende Statut nicht, da die bloße allgemeine Bestimmung, daß der Preis der Rüben alljährlich durch den Aufsichtsrat festgestellt wird, sich in dem Sinne einer Feststellung nach billigem, lediglich nach Maßgabe der den Wert solcher Rüben bestimmenden derzeitigen allgemeineren Verhältnisse zu bethätigendem Ermessen verstehen läßt. . . .

Der Geltendmachung der Konventionalstrafe für die Campagne 1888/89 als Konkursforderung hat das Berufungsgericht mit Recht und im Anschlusse an das in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 5 flg. abgedruckte Urteil des VI. Civilsenates des Reichsgerichtes,

vgl. auch v. Wilmowski, Kommentar zur K.O. 4. Aufl. zu §. 55 Note 2 S. 254. 93; Petersen und Kleinfeller, 2. Aufl. zu §. 55 Note 2 S. 282; Sarwey, 2. Aufl. S. 504; v. Völderndorff, Bd. 1 S. 644. 645,

es nicht für entgegenstehend erachtet, wenn die für das Unterbleiben der Rübenlieferung entscheidenden Unterlassungen der Bestellung der Äcker erst in die Zeit nach der Konkurseröffnung gefallen sein sollten.

Wenn man auch Bedenken tragen will, für die sämtlichen periodischen Rübenlieferungen die Vermögensansprüche im Sinne des §. 2 K.O. schon mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses, durch welches sich der nachmalige Gemeinschuldner zu den periodischen Lieferungen verpflichtete, für begründet zu erachten, so ist doch unbedenklich mit dem Beginne jedes Campagnejahres der Anspruch auf die Rübenlieferung für dieses Jahr als begründet anzusehen. Bereits mit Beginn des Campagnejahres treten die den Rübenbau betreffenden Verpflichtungen ein, welche die Rübenlieferung für dieses Jahr vorbereiten und sichern sollen, und auf deren Erfüllung die Klägerin selbst schon ein vertragliches Recht hatte.

Daß der Lieferungspflichtige im Falle besonderer Ereignisse die Erfüllung der den Rübenbau betreffenden Verpflichtungen über die festgesetzten Zeitpunkte noch hinausschieben konnte, sodaß der Gemeinschuldner, wenn seine Äcker Überschwemmungen getroffen hatten, noch

bei Eröffnung des Konkurses mit der Erfüllung dieser Verpflichtungen nicht im Verzuge gewesen wäre, erscheint für die Entscheidung über den Zeitpunkt des Entstehens des Anspruches auf den Rübenbau und die Rübenlieferung unerheblich. Der Anspruch der Klägerin auf die Lieferung der Rüben für die Campagne 1888/89 bestand daher, wenn auch betagt, bereits zur Zeit der Konkurseröffnung.

Nun war aber durch den Vertrag zugleich bereits festgesetzt, daß der Lieferungspflichtige in jedem Campagnejahre für nicht gelieferte Rüben $^1/_2$ ℳ pro Centner als Konventionalstrafe zu zahlen habe. Die Konventionalstrafe wird im preußischen Landrechte ihrer Natur nach als das im voraus bestimmte Interesse an der gehörigen Erfüllung des Vertrages aufgefaßt (vgl. §. 292 A.L.R. I. 5). Freilich schließt diese Auffassung nicht die Rechtserheblichkeit einer anders gearteten Natur, falls solche im einzelnen Falle erkennbar ist, aus, und es kann ferner die Frage entstehen, ob nicht, weil der Rübenlieferungsvertrag mit der Aktiengesellschaft nach Art. 273 H.G.B. als Handelsgeschäft zu erachten wäre, aus Art. 284 das. zu folgern sei, daß für eine dieser Gesetzesbestimmung unterliegende Konventionalstrafe die partikularrechtliche Natur derselben als Regel überhaupt nicht maßgebend, vielmehr immer im einzelnen Falle zu untersuchen wäre, ob dieselbe wirkliche Strafe oder vereinbartes Erfüllungsinteresse sei. Es kann indessen nicht bezweifelt werden, daß sie im vorliegenden Falle das letztere ist. Denn durch den Betrag von $^1/_2$ ℳ für den fehlenden Centner sollte der zu fordernde Ersatz offenbar auch begrenzt werden, und der Betrag bewegt sich in seiner ein für alle Male festgesetzten Höhe nicht außerhalb der Grenzen des mutmaßlichen, wirklichen Interesses. Nach dieser seiner Natur war aber auch der Anspruch auf die Konventionalstrafe bei Nichtlieferung der Rüben für die Campagne 1888/89 ein bereits zur Zeit der Konkurseröffnung begründeter, wenn auch vielleicht als bedingt zu erachtender Anspruch.

Daß die Nichtlieferung der Rüben die Folge des Konkurses des Lieferungspflichtigen gewesen, steht der Geltendmachung des Anspruches nicht entgegen. Die Konventionalstrafe wird nicht für einen Verzug in der Erfüllung, sondern für die Nichterfüllung geltend gemacht, sodaß das Bedenken nicht zu erheben ist, ob von einem Verzuge im rechtlichen Sinne dieses Begriffes die Rede sein kann, wenn die Nichterfüllung die Wirkung des Konkurses ist.

Nach der Reichskonkursordnung, die in dieser Hinsicht geflissentlich die Ausdrucksweise des §. 21 der preußischen Konkursordnung vermieden hat, bewirkt der Konkurs auch bei zweiseitigen, von beiden Teilen noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen, die der Konkursverwalter nicht erfüllt, abgesehen von den besonderen Vorschriften in den §§. 17—19, nicht die Beseitigung des Rechtsbestandes des Vertrages.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 80; Motive zum Entwurfe der Reichskonkursordnung S. 91.

Dem Vertrage kann nur wegen des Zweckes des Konkurses nicht mehr durch Erzwingung der Erfüllung Genüge geleistet werden. Es tritt vielmehr an deren Stelle die bloß konkursmäßige Befriedigung, und zwar, soweit die Erfüllung nicht in einer Geldleistung besteht, für Geldansprüche, welche als Surrogate der Erfüllung an deren Stelle treten. Auf solche Veränderungen in der Art der Erfüllung läßt sich aber die Voraussetzung des §. 310 A.L.R. I. 5, „daß auf die Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden kann", nicht beziehen.

Die neuerdings gegen das Recht des Gläubigers, die zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht verfallene Konventionalstrafe als das im voraus bestimmte Interesse für den Fall der Nichterfüllung nach §. 21 K.O. zu liquidieren, geltend gemachten Gründe,

vgl. Ötker in Busch, Zeitschrift f. Civilprozeß Bd. 14 S. 50, f. übrigens S. 21 das.,

konnten, auch wenn man von einer Prüfung der Konstruktion der Erfüllung des Vertrages seitens des Konkursverwalters an Stelle des Gemeinschuldners als „einer bestimmten Art der Massekonstituierung" absieht, nicht für zutreffend erachtet werden. Sollte für den Verfall der Konventionalstrafe der Grund darin gesucht werden müssen, daß der Verwalter es ablehnt, „den Vertrag zur Konkursmasse zu übernehmen", so ließe sich freilich geltend machen, daß die Festsetzung des Interesses durch den Vertrag sich auf diese Eventualität nicht erstreckt hat, und daß der Gläubiger kein Recht auf solche Übernahme des Vertrages zur Konkursmasse hat. Allein der Grund des Verfalles der Konventionalstrafe beruht nicht hierauf, sondern darauf, daß der Schuldner die schuldige Leistung unerfüllt läßt, wobei der Umstand, daß dies wegen seines unterdessen ausgebrochenen Konkurses geschieht,

unerheblich ist, weil der Konkurs jedenfalls keineswegs ohne weiteres diejenige Schuldlosigkeit zu begründen vermag, welche den Verfall der Konventionalstrafe ausschlösse. Daß der Fall der Nichterfüllung, auf welchen die Konventionalstrafe gesetzt ist, nicht eingetreten wäre, wenn der Konkursverwalter sich für die Erfüllung des Vertrages entschieden hätte, vermag immer nicht dazu zu führen, daß sich der Eintritt des Ereignisses, für welches die Konventionalstrafe bestimmt war, leugnen ließe. Es könnte sich doch immer nur fragen, ob der Eintritt dieses Ereignisses durch Umstände herbeigeführt worden ist, welche derartig außerhalb der Verantwortlichkeit des Schuldners liegen, daß die Beziehung der Konventionalstrafe auf den Eintritt des Ereignisses auf Grund dieser Umstände entweder dem Wesen der Konventionalstrafe oder der mutmaßlichen Absicht der Kontrahenten widerspräche. Davon kann nicht die Rede sein. Denn daß über die Erfüllung des Vertrages an Stelle des Schuldners der Konkursverwalter ohne Rücksicht auf die Vertragspflicht des Schuldners lediglich unter dem Gesichtspunkte des Interesses der Gesamtheit der Gläubiger die Verfügung trifft, ist allein die Folge des Konkurses, der, wie bereits erwähnt, keine dem Wesen der Konventionalstrafe zuwiderlaufende Entschuldbarkeit begründet und auch nicht als ein Ereignis, auf dessen Eintritt als Grund für die Nichterfüllung die Kontrahenten die Vereinbarung der Konventionalstrafe nicht bezogen wissen wollten, anzusehen ist.

Wäre ferner der Sinn des §. 21 K.O. der richtige, daß bei der Nichterfüllung einer Verpflichtung des Schuldners infolge Konkurses ein Entschädigungsanspruch zur konkursmäßigen Befriedigung dem Gläubiger konkursordnungsmäßig verliehen wäre, so würde es bedenklich sein, für die Höhe dieses Anspruches die Festsetzung der Höhe des Interesses im Vertrage als maßgebend erachten zu wollen. Schon die sich sofort erhebende Frage aber, ob denn der durch die Konkursordnung verliehene Anspruch die nach dem bürgerlichen Rechte und Vertrag für den Fall der Nichterfüllung bestehenden Ansprüche ausschließen soll, zeigt die Bedenklichkeit der ganzen Annahme. Weder aus dem Wortlaute des §. 21 a. a. O. noch aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung läßt sich dieselbe rechtfertigen. In bezug auf ihre Geltendmachung im Konkurse modifiziert die Konkursordnung Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, allerdings im §. 63 dahin, daß sie nach ihrem Schätzungswerte geltend zu

machen sind. Aber sie führt keineswegs den Grundsatz ein, daß für jeden Fall der Nichterfüllung einer nicht in Geld bestehenden Leistung infolge Konkurses ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zum Zwecke konkursmäßiger Befriedigung entstehen solle. Der §. 21 bestimmt nur das Maß, in welchem Ansprüche, die wegen der Nichterfüllung nach bürgerlichem Rechte entstehen, im Konkurse des Schuldners, wenn die Nichterfüllung infolge des Konkurses eintritt, geltend gemacht werden dürfen. Danach soll, wenn auch nach dem bürgerlichen Rechte die Nichterfüllung die Aufhebung des Vertrages zur Folge hat, eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in der Weise, daß der in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangene Gegenstand der ihm gemachten Leistung dem Gegenkontrahenten zurückgegeben oder auf Ersatz des Wertes der Leistung eine Masseschuld begründet würde, ausgeschlossen sein. Dies bestimmt der erste negative Satz des §. 21. Der alsdann folgende bestimmt, daß alle Ansprüche, welche wegen einer Nichterfüllung des Vertrages nach dem bürgerlichen Rechte erhoben werden können, im Falle der Nichterfüllung wegen Konkurses geltend gemacht werden können, aber eben nur als Konkursforderungen, also als persönliche und auf Geld gerichtete Ansprüche. Freilich ist dabei davon ausgegangen, daß nach jedem in Betracht kommenden bürgerlichen Rechte, wenn die Erfüllung aus Verschulden des Verpflichteten nicht erfolgen kann, ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse begründet sein wird, und die Motive ergeben, daß von dem Bestehen und der Geltendmachung eines solchen Anspruches als der Regel ausgegangen wird. Gleichwohl ist die Fassung: „so kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung", eine so allgemeine, daß darunter kein bestimmter Anspruch, vielmehr alle Ansprüche, die wegen Nichterfüllung begründet sein können, insbesondere auch die Kondiktion des Geleisteten, wenn solche nach dem bürgerlichen Rechte die Folge einer Nichterfüllung des Vertrages ist, begriffen sind. Daraus ergiebt sich aber, daß es sich nicht um bestimmte Ansprüche handelt, welche die Konkursordnung verleiht.

Vgl. v. Wilmowski, a. a. O. S. 111; Stieglitz, Konkursordnung S. 117; v. Sarwey, a. a. O. S. 120. 121; Petersen und Kleinfeller, a. a. O. S. 80. 82; Dernburg, Preuß. Privatrecht (3. Aufl.) Bd. 2 S. 295; Eck in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 28 S. 395. 396.

Ist es aber die nach dem bürgerlichen Rechte bestehende Forderung auf das Erfüllungsinteresse, die nach §. 21 als Konkursforderung geltend gemacht werden kann, so kann auch das auf Grund einer vom Gesetze für wirksam erachteten Vereinbarung beruhende Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden.

Die Revisionsbegründung führt allerdings weiter aus, es handle sich infolge des Konkurses und der infolge desselben erforderlich gewordenen Abgabe der Pachtäcker um eine Nichterfüllung des gesamten, die wiederkehrenden Jahresleistungen umfassenden Verpflichtungsverhältnisses, nicht um die Unterlassung der einzelnen Leistung, und auf die Forderung wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen in ihrer Gesamtheit könnten die für die Einzelleistungen bestimmten Konventionalstrafen keine Anwendung finden. Allein auch dieser Gesichtspunkt konnte nicht zu einer Abweisung der erhobenen Forderung führen.

In betreff der Wirkung der Abgabe der Pachtäcker trifft der §. 16 des Statutes die Bestimmung, daß alsdann der Rübenlieferungspflichtige die Aktien bei Übernahme der Verpflichtungen aus dem Rübenlieferungsvertrage seitens des Käufers verkaufen und, falls sie nicht zu verkaufen sind, sich durch Rückgabe der Aktien an die Aktiengesellschaft von der Rübenlieferungspflicht befreien kann. Bei dieser ausdrücklichen Bestimmung muß angenommen werden, daß, wenn der Lieferungspflichtige die Aktien nicht zurückzugewähren vermag, er den Rübenlieferungsvertrag trotz des Verlustes der Pachtäcker durch Beschaffung anderer Äcker zur Bestellung mit Rüben weiter zu erfüllen hat. Eine Rückgewähr der 40 Aktien des Gemeinschuldners ist aber bisher nicht angeboten worden und hat nicht angeboten werden können, weil, wie die Beklagte zugiebt, der Gemeinschuldner diese Aktien verpfändet hat. Eine Aufhebung des die Rübenlieferungen betreffenden Vertragsverhältnisses wegen der Abgabe der Äcker läßt sich daher auf eine Vertragsbestimmung zur Zeit nicht gründen.

Ein Recht zur Aufhebung auf Grund einer Bestimmung des bürgerlichen Rechtes, insbesondere auf Grund der §§. 378. 380 A.L.R. I. 5, weil der Konkurs für das vorliegende Verhältnis den Endzweck entweder beider Teile oder eines derselben vereitele, ist von keiner Seite geltend gemacht worden, sodaß nicht zu prüfen ist, ob dieser Rücktrittsgrund zuträfe und die Forderung der Konventionalstrafe für das bereits begonnene Kampagnejahr ausschließen würde.

Daß der Konkurs an sich nicht die Wirkung hat, einen noch nicht erfüllten Vertrag aufzuheben, ist schon oben hervorgehoben worden.

Gleichviel was man als den Gegenstand der durch den Konkurs verursachten Nichterfüllung ansieht, es kann sich immer nur um den Interesseanspruch wegen dieser Nichterfüllung und darum, in welcher Weise derselbe in bezug auf Art und Umfang begründet werden kann und muß, handeln.

Erachtet man nun für die Leistungen sämtlicher künftiger Jahre die Ansprüche bereits vor der Konkurseröffnung begründet, — ohne solche Annahme verliert die Auffassung der Revisionsbegründung sofort jeden Halt — und sieht man als den Gegenstand der durch den Konkurs verursachten Nichterfüllung nicht bloß die Rübenlieferung für das bereits angebrochene Kampagnejahr, sondern zugleich die Lieferungen für die unbestimmte Reihe aller folgenden Jahre an, so wird der Gegenkontrahent einen Interesseanspruch wegen der Nichterfüllung der gesamten, periodischen Leistungen geltend machen dürfen, und dieser wegen thatsächlicher Nichtfortsetzung des Verhältnisses zu erhebende Interesseanspruch hätte den Wert des Vertragsverhältnisses als Ganzes zum Ausgangspunkte zu nehmen.

Allein es ist nicht ersichtlich, weshalb der Gegenkontrahent gezwungen sein sollte, einen so weit greifenden Interesseanspruch zu erheben, und was ihn hindern soll, sich auf einen Interesseanspruch wegen der unzweifelhaft und zwar zunächst vorliegenden Nichterfüllung in betreff der zur Zeit fälligen Jahreslieferung zu beschränken. Es handelt sich jetzt nicht darum, die Wirkungen der Nichterfüllung für die Ansprüche in betreff der zukünftigen Jahreslieferungen gegen den Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses oder Aufhebung desselben durch einen Zwangsvergleich zu bestimmen.

Ebensowenig ist hier zu bestimmen, ob die Klägerin bei Durchführung des jetzt erhobenen Anspruches noch einen ferneren, die Nichterfüllung der gesamten ferneren periodischen Leistungen betreffenden im Konkurse geltend machen könnte. Es handelt sich lediglich darum, ob sie den erhobenen Anspruch geltend machen darf. Selbstverständlich würde die Klägerin nicht eine beliebige zukünftige Jahreslieferung herausgreifen und für sie die Konventionalstrafe haben geltend machen können. Aber die Berechtigung zu dem vorliegenden Anspruche ergiebt sich eben daraus, daß es sich um den Interesseersatz für die Jahres-

lieferung handelt, für welche das Kampagnejahr zur Zeit der Konkurseröffnung bereits angebrochen und so weit vorgerückt war, daß eine Nachholung des Rübenbaues für dieses Jahr durch einen für das ganze Rübenlieferungsverhältnis erst zu gewinnenden Ersatzmann ausgeschlossen erscheinen mußte."

---

20. Kann dem durch den Besitz des Wechsels und der Protesturkunde legitimierten Kläger vom Acceptanten entgegengesetzt werden, daß er die Forderung aus dem Wechsel nach der Protesterhebung mittels Cessionsurkunde abgetreten habe und hiervon dem Acceptanten seitens des Cedenten wie des Cessionars Anzeige gemacht worden sei?

I. Civilsenat. Urt. v. 26. April 1890 i. S. G. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. I. 45/90.

I. Landgericht Halle.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Der vom Aussteller des Wechsels an eigene Order und Inhaber desselben zur Zeit der Protesterhebung angestellten Wechselklage setzte der Acceptant den Einwand entgegen, daß der Kläger nach der Protesterhebung mittels schriftlicher Cessionsurkunde die Forderung aus dem Wechsel abgetreten und der Kläger sowohl, wie der Cessionar ihm hiervon Anzeige gemacht habe. Er erachtete deshalb den Kläger ohne Rückcession nicht für aktiv legitimiert. Der Kläger bestritt die erfolgte Cession, erachtete dieselbe auch für unerheblich, da der Besitz des Wechsels und der Protesturkunde ihn legitimiere. Diese vom Berufungsgerichte geteilte Auffassung wurde vom Reichsgerichte gemißbilligt und der Einwand des Beklagten für erheblich erachtet.

Aus den Gründen:

... „Die geschehene Verwerfung des vom Beklagten aus der erfolgten und ihm angezeigten Cession der Rechte aus dem Wechsel seitens des Klägers an H. L., Institut für Recherche und Inkasso in Berlin, hergeleiteten Einwandes läßt sich nicht aufrecht erhalten.

Der Einwand ist nicht einem Dritten entgegengestellt, der auf Grund eines Indossaments desjenigen, der cediert hätte, legitimiert

erschiene, sondern demjenigen, der selbst cediert und die Cession dem Beklagten angezeigt haben soll.

Hat aber der Kläger seine Rechte aus dem Wechsel einem Dritten im Wege der Cession abgetreten und selbst hiervon dem Beklagten Anzeige gemacht, so kommt die Vorschrift des §. 414 A.L.R. I. 11 zur Anwendung, nach welcher der Schuldner sich nunmehr nicht mehr mit Wirkung gegen den Cessionar über die Forderung mit dem Cedenten einlassen kann. Daß der Kläger den Wechsel besitzt, könnte solcher Cession gegenüber nur dann von Belang sein, wenn sich daraus ergäbe, daß die angezeigte Cession rechtlich unwirksam war. Denn eine Wiederabtretung der cedierten Forderung aus dem Wechsel seitens des Cessionars an den Cedenten ergiebt sich aus dem bloßen Besitze seitens des letzteren nicht.

Wenn man nun auch mit dem Reichsoberhandelsgerichte in dem in den Entscheidungen desselben Bd. 11 S. 280 flg. abgedruckten Urteile annimmt, daß es zur Perfektion der Cession der Forderung aus dem Wechsel der Übergabe der Wechselurkunde bedarf, so ist doch diese rechtliche Auffassung aus doppeltem Grunde nicht geeignet, die erfolgte Anzeige der Cession unerheblich zu machen. Einmal beweist der jetzige Besitz des Wechsels seitens des Klägers durchaus nicht, daß der Kläger den Wechsel nicht, als er die Forderung aus dem Wechsel abtrat, dem Cessionar übergeben hat. Der Beklagte würde, falls er dem Kläger zahlt, der Verantwortung dem Cessionar gegenüber nicht entgehen, wenn dieser beweist, daß ihm mit der Cession auch der Wechsel ausgehändigt worden, vielleicht sogar in Anbetracht der Anzeige und der behaupteten gleichzeitigen Aufforderung des Cessionars, ihm zu zahlen, selbst die Beweislast, daß der Wechsel nicht ausgehändigt worden, übernehmen müssen. Sodann aber wäre die erfolgte Cession, auch wenn sie nicht von der Aushändigung der Wechselurkunde begleitet war, wie auch jenes Urteil des Reichsoberhandelsgerichtes (vgl. S. 254. 255 a. a. O.) ergiebt, keineswegs ohne jede rechtliche Wirkung. Der Cessionar hätte jedenfalls durch die Cession das Recht auf Auslieferung des Wechsels erworben und schon die Kenntnis dieses Rechtes seitens des Beklagten vermittelt durch die rechtserhebliche, gerade zum Zwecke der Beendigung der Verfügungsbefugnis des Klägers über die Forderung erfolgte Anzeige von der Cession, beseitigt nach den Grundsätzen des preußischen Landrechtes

(vgl. §. 25 I. 10) für den debitor cessus den guten Glauben, der ihn berechtigen könnte, wirksam über die Forderung noch mit dem Cedenten zu verhandeln. Nur als Cedent, der den Wechsel im Besitz hat, kommt aber der Kläger in Betracht, denn seine wechselrechtliche Legitimation beruht lediglich auf Erklärungen, die vor der behaupteten Cession datieren und nach derselben neue Wirkungen nicht mehr haben hervorbringen können, wie es hätte vielleicht der Fall sein können, wenn ein Blankogiro vorhanden gewesen wäre, sodaß man auf Grund präsumtiver Übertragung des Wechsels mit der Cession den Cessionar unter Absehen von der Cession auch als wechselmäßig legitimierten Inhaber und einen neuen Erwerb des Klägers mittels dieses Blankogiros gedeckt ansehen könnte. Die Auffassung des Berufungsgerichtes, daß der Beklagte, weil er an den Kläger nur gegen Aushändigung des Wechsels zu zahlen brauche, gegen jeden Anspruch des Cessionars gesichert sei, ist daher nicht zutreffend. Freilich kann der Cessionar aus dem Wechsel nicht klagen, wenn er denselben nicht hat. Daraus folgt aber nicht, daß er nicht unter dem Gesichtspunkte der Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe des Wechsels wegen bewußter Beeinträchtigung des dem Cessionar zustehenden Rechtes auf Auslieferung desselben von demselben Zahlung des der Wechselsumme entsprechenden Betrages fordern könnte. Der Beklagte hat also allerdings ein Recht darauf, dem Kläger auf Grund der behaupteten und durch Urkunden unter Beweis gestellten Cession und ihrer Anzeige seitens des Klägers die Berechtigung, zum Klaganspruche zu bestreiten, für welche es in diesem Falle des Nachweises der Wiederaufhebung der Cession oder einer neuen Cession seitens des früheren Cessionars an den Kläger bedurft hätte." . . .

---

21. Wird durch die Pfändung von Waren in einem kaufmännischen Geschäfte, welche nicht im Eigentume des Schuldners stehen, ein auch dem wirklichen Eigentümer gegenüber wirksames Pfändungspfandrecht begründet?

III. Civilsenat. Urt. v. 30. Mai 1890 i. S. R. (Bekl.) w. J. & St. (Kl.) Rep. III. 56/90.

I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Beklagte R. hat am 1. Dezember 1888 wegen einer Forderung von 2207 ℳ bei dem Handelsmanne Joseph Pf. in Wandsbeck die im Tenor des ersten Urteiles bezeichneten Waren pfänden lassen. Die klägerische Firma J. & St. behauptet, Eigentümerin dieser Sachen zu sein und hat auf Grund des §. 690 C.P.O. Interventionsklage erhoben; nach ihrer Behauptung in erster Instanz hat sie die Waren der Ehefrau des Joseph Pf., der Handelsfrau Maria Pf., welche mit ihrem Ehemanne in getrennten Gütern lebe, und in deren Laden die Waren auch gepfändet seien, in Kommission gegeben. Der Beklagte hat diese Behauptung bestritten.

In erster Instanz ist nach stattgehabter Beweiserhebung die Entscheidung der Sache von einem der Klägerin darüber auferlegten Eide abhängig gemacht, daß die fraglichen Waren aus dem klägerischen Geschäfte an Joseph oder Maria Pf. in Kommission gegeben seien.

In zweiter Instanz hat die Klägerin unter Aufrechterhaltung ihrer Behauptung bezüglich des mit der Ehefrau Pf. abgeschlossenen Kommissionsgeschäftes noch behauptet, daß hinsichtlich der gepfändeten, namentlich auch bezüglich der teilweise schon verarbeiteten Waren ausdrücklich ausbedungen sei, daß diese nicht in das Eigentum des Joseph Pf. oder dessen Ehefrau übergehen, vielmehr bis zum Verkaufe im Eigentume der Klägerin verbleiben sollten.

Durch das Urteil zweiter Instanz ist die Berufung des Beklagten im übrigen zurückgewiesen; es ist indes der Eid nicht auf den Abschluß des Kommissionsgeschäftes, dessen Existenz das Berufungsgericht dahingestellt sein läßt, sondern auf die obige Vereinbarung über das Verbleiben des Eigentumes bei der Klägerin gestellt.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Revision erhoben. Dieselbe ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

. . . „Daß das Eigentumsrecht in erster Linie zu denjenigen Rechten gehört, welche die Befugnis, der Veräußerung abseiten eines dritten Nichteigentümers zu widersprechen, in sich schließen, ist an sich nicht zweifelhaft. Daran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß nach dem zwischen der Klägerin und den Eheleuten Pf.

abgeschlossenen Geschäfte letztere zu einem Verkaufe der Waren befugt waren.

Hätte man dies Geschäft als Verkaufskommissionsgeschäft, wie die Klägerin in erster Linie behauptet, aufzufassen, so wäre zwar der Kommissionär zum Verkaufe der Waren befugt gewesen. Daraus folgt aber weder ein Recht des Kommissionärs, diese Waren zu verpfänden, noch ein Verlust des Rechtes des Eigentümers, eine Veräußerung des Kommissionärs zu hindern, da der Kommittent seinen Auftrag jeder Zeit widerrufen kann, so lange derselbe nicht ausgeführt ist. Nicht anders liegt die Sache, wenn man mit dem Berufungsgerichte den Vertrag als einen unter der Suspensivbedingung abgeschlossenen Kauf ansieht, daß die Klägerin bis zum Verkaufe Eigentümerin der Waren bleiben solle. Allerdings würde in solchem Falle die Klägerin vielleicht nicht befugt sein, den Vertrag einseitig aufzurufen oder einen Verkauf der Waren zu hindern; gegen jede andere Disposition oder Veräußerung der Sachen abseiten des Käufers — abgesehen von der ihm hier ausdrücklich gestatteten Verarbeitung der Waren —, insbesondere gegen eine Verpfändung derselben konnte Klägerin auf Grund ihres Eigentumsrechtes Widerspruch erheben. Von diesen rein gemeinrechtlichen Grundsätzen aus erscheint daher die erhobene Klage als begründet. Es fragt sich aber, ob nicht diese Grundsätze durch den Art. 306 H.G.B. oder durch die Vorschriften der Civilprozeßordnung eine Modifikation erleiden, und ob nicht danach der Beklagte ein auch dem wahren Eigentümer gegenüber wirksames Pfändungspfandrecht erworben hat? Die Frage war zu verneinen.

Nach Art. 306 Abs. 2 H.G.B. kann, wenn Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden sind, ein früher begründetes Eigentum an den Gegenständen zum Nachteile des redlichen Pfandnehmers nicht geltend gemacht werden. Nach Art. 306 Abs. 3 steht das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Die hierdurch bewirkte Minderung der Rechte des Eigentümers tritt aber nach der klaren Bestimmung des Art. 306 außer in den dort speziell hervorgehobenen Fällen eines gesetzlichen Pfandrechtes nur ein, wenn eine Sache verpfändet, das Pfandrecht also durch Pfandvertrag erworben ist.

Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 Teil 2 §. 86 S. 309; Derselbe in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9 S. 1 flg.; Hauser in Siebenhaar, Archiv für Wechsel- und Handelsrecht Bd. 16 S. 306; v. Schrutka-Rechtenstamm in Grünhut, Zeitschrift Bd. 12 S. 712 flg.

Das Pfändungspfandrecht ist aber kein auf Vertrag beruhendes Pfandrecht. Auch die Civilprozeßordnung enthält keine in dieser Beziehung das bürgerliche Recht abändernde Bestimmung. Nach §. 709 Abs. 1 erwirbt allerdings der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande und nach §. 709 Abs. 2 gewährt das Pfandrecht dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. Allein abgesehen davon, daß eine wirksame Pfändung voraussetzt, daß die gepfändeten Sachen zur Zeit der Pfändung zum Vermögen des Schuldners gehören, ist die Gleichstellung des Pfändungspfandrechtes mit dem Faustpfandrechte nur im Verhältnisse zu anderen Gläubigern ausgesprochen. Ob und inwieweit das Pfändungspfand dem Drittеigentümer gegenüber Wirkung hat, darüber entscheidet allein das bürgerliche Recht,

vgl. Hahn im Archiv für civil. Praxis Bd. 70 S. 422,

und dieses enthält in dem hier fraglichen Rechtsgebiete nach den obigen Ausführungen keine Bestimmung, nach welcher das Eigentumsrecht eines Dritten an den im Gewahrsame des Schuldners befindlichen und von einem Gläubiger des letzteren gepfändeten Sachen diesem Pfändungspfandrechte weichen müßte." . . .

---

22. 1. Ist der Verkäufer verpflichtet, die verkauften Waren an den ausländischen Abnehmer seines Käufers im eigenen Namen abzusenden, wenn mit der verkauften Ware zugleich Gut eines anderen Verkäufers zu versenden ist und die Verzollung dieses Gutes einem Zollspediteur aufgetragen werden soll?

2. Haftet der Absender dem Zollspediteur für unrichtige oder unvollständige Deklaration des Gutes, wenn die mangelhafte Deklaration durch seinen Beauftragten verschuldet ist?

H.G.B. Artt. 344. 393. 298. 52.

A.L.R. I. 13 §. 152, I. 6 §§. 50. 53.

I. Civilsenat. Urt. v. 2. Juli 1890 i. S. B. & Sch. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. I. 102/90.

I. Landgericht Gleiwitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Beklagte hatte an Ro. in Rumänien Walzeisen, welches zollfrei eingeht, und Drahtnägel, die einem Zoll unterliegen, verkauft, und die Falvahütte, bei der er das Walzeisen aufgegeben, beauftragt, dasselbe nebst den ihr zugesandten Drahtnägeln an R. abzusenden, die Kläger aber mit der Verzollung zu beauftragen. Die Falvahütte sandte das gesamte Gut mittels Frachtbriefes, in dem der Auftrag zur Verzollung an die Kläger enthalten, unter dem Namen des Beklagten an R., ohne daß im Frachtbriefe die Drahtnägel als solche deklariert waren. Die Kläger deklarierten auf Grund des Frachtbriefes dem rumänischen Zollamte das Gut als (zollfreies) faconniertes Eisen und wurden deshalb nach Entdeckung der Beiladung der zollpflichtigen Drahtnägel ihrer Stellung als Zollspediteure enthoben. Ihre Klage auf Schadenersatz gegen den Beklagten als Absender wies der Berufungsrichter wegen mangelnder Passivlegitimation ab. Das Urteil ist auf die Revision der Kläger aufgehoben aus nachfolgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter weist die Klage lediglich deshalb ab, weil der Beklagte nicht passiv legitimiert sei. Er verneint die Passivlegitimation des Beklagten aus zwei selbständigen Gründen. Er nimmt an, daß der Beklagte, obwohl der Frachtbrief mit seinem Namen gezeichnet ist, nicht der Absender, also auch nicht der Auftraggeber der Kläger sei, weil die Falvahütte nicht befugt gewesen sei, den Frachtbrief mit seinem Namen zu zeichnen oder zeichnen zu lassen, da sie Auftrag dazu nicht gehabt habe, vielmehr selbst als die Absenderin anzusehen sei. Der Berufungsrichter nimmt aber ferner an, daß, auch wenn der Beklagte als Absender (Auftraggeber) anzusehen sei, er doch für das von der Falvahütte, beziehentlich ihrem Spediteur Ru. begangene Versehen nicht verantwortlich sei.

Die Revision greift beide Gründe mit Recht an.

1. Die Kläger sind befugt, den Beklagten als ihren Auftraggeber für den im Frachtbriefe enthaltenen Auftrag zur Verzollung anzusehen, da der Frachtbrief mit dem Namen des Beklagten gezeichnet

ist. Daß der Beklagte der Falvahütte den Auftrag zur Verzollung durch die Kläger gegeben hat, ist von ihm zugestanden. Es fragt sich deshalb, ob die Falvahütte befugt war, diesen Auftrag im Namen des Beklagten an die Kläger zu geben, oder verpflichtet war, ihn im eigenen Namen zu geben. War sie befugt, den Auftrag im Namen des Beklagten zu geben, so kommt darauf nichts an, daß der den Auftrag enthaltende Frachtbrief nicht vom Beklagten selbst, sondern für ihn durch die Falvahütte gezeichnet ist.

Der in dem Schreiben vom 9. Juni 1882 erteilte Auftrag an die Falvahütte enthält nichts darüber, in wessen Namen die Kläger beauftragt werden sollten. Der Beklagte behauptet, es sei allgemein üblich, daß der Lieferant auch bei Versendung an die Kunden seines Käufers im eigenen Namen absende. Die Kläger behaupten, daß dies im Verkehre zwischen dem Beklagten und der Falvahütte, welche jede Regreßpflicht abgelehnt hat, nicht üblich gewesen, daß der Beklagte der Hütte deshalb Frachtbriefblanketts mit seiner Unterschrift gegeben habe, und weisen darauf hin, daß der Auftrag nicht nur auf Versendung von Ware gegangen, welche die Hütte zu liefern gehabt, sondern auch auf Versendung fremder Ware.

Der Berufungsrichter stellt auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen C. und der Handelskammer zu O. fest, daß es allgemein üblich sei, daß der Lieferant unter seinem Namen absende. Er beseitigt die eidliche Aussage des Zeugen M., daß von der Hütte Sendungen, die im Auftrage und für Rechnung ihrer Käufer erfolgen sollen, gewöhnlich unter dem Namen des Käufers effektuiert werden, und daß die Hütte speziell für solche Sendungen des Beklagten seines Erinnerns sogar vom Beklagten unterzeichnete Frachtbriefe in Händen gehabt, mit der Erwägung, daß nicht nachgewiesen sei, dem Beklagten sei die abweichende Geschäftsübung der Hütte bekannt gewesen, und daß, wenn der Beklagte der Hütte Frachtbriefe mit seinem Namen gegeben habe, der darin enthaltene Auftrag, unter seinem Namen zu senden, doch nur für die Sendungen zu verstehen sei, auf welche sich die Frachtbriefe bezogen. Er führt endlich aus, daß die Beiladung fremder Ware die Hütte nur berechtigt habe, im Frachtbriefe die Herkunft der Ware auszudrücken.

Diese Beurteilung ist teils unzureichend, teils geht sie fehl. Es kommt in Betracht, daß der Beklagte Käufer der Hütte und Ver-

käufer des Ro. war. Die Hütte hatte als Verkäufer des Walzeisens nach Art. 344 H.G.B. die Ware nach der Übung als Teil der Vertragserfüllung dem Beklagten zu übersenden und dabei allerdings in ihrem Namen zu handeln. Daraus folgt aber regelmäßig keine Pflicht für den Verkäufer zur Übersendung im eigenen Namen an die Käufer des Käufers, denen gegenüber der Käufer der Verpflichtete zur Übersendung ist.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 18 S. 326.

Weicht eine allgemeine Geschäftsübung davon ab, so ist daraus, wenn nichts besonderes stipuliert ist, auf den damit übereinstimmenden Vertragswillen der Kontrahenten im konkreten Falle zu schließen. Nun ist schon erheblichen Bedenken unterworfen, ob die bekundete allgemeine Übung ohne weiteres auf Versendungen in das Ausland und überdies auf einen Verzollungsauftrag zu beziehen ist, der nicht dem Frachtführer, sondern einem Dritten zu geben ist, weil der Frachtführer sich nicht mit der zollamtlichen Behandlung befaßt. Dazu treten aber hier die eidliche Aussage des M. und die Thatsache, daß die Hütte auch fremde, nicht von ihr gelieferte Ware zu versenden hatte. Schon die Beurteilung der Aussage des M. ist unzutreffend. Hat der Beklagte der Hütte Frachtbriefe mit seiner Namensunterschrift für Sendungen an seine Kunden gegeben, so ist daraus zu entnehmen, daß er bei Sendungen dieser Art überhaupt mit der Übung der Hütte bekannt und damit einverstanden war, daß sie unter seinem Namen versandte. Die Bekundung des Zeugen kann nur dahin verstanden werden, daß die Hütte, wie die Kläger behaupten, Frachtbriefe mit der Namensunterschrift des Beklagten in blanco hatte. Ist dies richtig, so unterliegt die Befugnis der Hütte, im Namen des Beklagten zu versenden, im vorliegenden Falle gar keinem Bedenken, auch wenn sie zufällig ein Blankett nicht hatte oder es nicht verwendete. Der Behauptung der Kläger gegenüber hätte der Berufungsrichter die Thatsache, ob solche Blanketts gegeben, jedenfalls durch nochmalige Befragung des Zeugen feststellen müssen, wenn die Aussage des Zeugen Zweifel darüber ließ. Falsch beurteilt der Berufungsrichter aber außerdem die Bedeutung der Thatsache, daß die Hütte nicht nur eigene, sondern auch fremde Ware zu versenden hatte, und zwar gerade solche, die der Verzollung unterlag. In Bezug auf solche Ware bestand keinerlei Verpflichtung für sie, im eigenen Namen zu versenden. Sie

folgt auch nicht aus der bekundeten, allgemeinen Übung, die sich auf solche Ware nicht bezieht. Daß die Hütte im Frachtbriefe die Ware als fremde bezeichnen konnte, ist nicht entscheidend, zumal dies durchaus nicht üblich ist. Zu fragen war, ob bei der besonderen Sachlage, der Verbindung des Auftrages zur Versendung eigener Ware mit dem Auftrage zur Versendung fremder Ware und zur Übermittelung des Auftrages zur zollamtlichen Behandlung an einen Dritten die Hütte dadurch unbefugt gehandelt hat, daß sie den ihr ohne Angabe, in welchem Namen sie den Auftrag geben sollte, erteilten Auftrag im Namen des Beklagten als ihres Auftraggebers gab. Dies ist ohne jedes Bedenken zu verneinen. Bei solcher Sachlage hatte die Hütte die Wahl, ob sie im Namen ihres Käufers oder im eigenen Namen versenden und den Auftrag zur Verzollung erteilen wollte. Der Beklagte ist aber auch ganz offensichtlich davon ausgegangen, daß die Versendung in seinem Namen erfolgen werde. In der in der Berufungsinstanz zum Vortrage gebrachten Faktura, die er dem Ro. übersendet, hat er bemerkt, daß er dem Ro. auf dessen Kosten und Gefahr das Walzeisen und die Drahtnägel ab Falvahütte per V. & S. — Itzkany (die Kläger) übersende. Dies machte es geradezu erforderlich, daß der Frachtbrief den Beklagten als Absender angab. Der Käufer des Beklagten konnte aus einer anderen Absenderunterschrift Bedenken gegen die Abnahme der Ware entnehmen.

2. Der zweite Grund des Berufungsrichters verletzt das Gesetz dadurch, daß er die Bestimmung in dem §. 152 A.L.R. I. 13 und in den §§. 50—53 A.L.R. I. 6 auf einen Fall anwendet, auf den sie nicht anwendbar sind. Der Beklagte ist Kaufmann. Der Auftrag zur Versendung an Ro. und der Auftrag, die Kläger mit der Verzollung zu beauftragen, ist an die Falvahütte, einen Kaufmann, vom Beklagten im Betriebe seines Handelsgewerbes gegeben. Der Auftrag zur Verzollung, den die Hütte den Klägern namens des Beklagten gab, war nach den Artt. 273. 274 H.G.B. ein zum Betriebe des Handelsgewerbes des Beklagten gehöriger Auftrag und als solcher Handelsgeschäft. Bei der Zolldeklaration handelten die Kläger als Vertreter des Beklagten.

Das Rechtsverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten ist deshalb nach Handelsrecht zu beurteilen, nicht nach preußischem Landrechte. Nach Handelsrecht ist deshalb auch die Frage zu be-

urteilen, ob der Beklagte oder die Falvahütte den Klägern daraus haftet, daß in dem Frachtbriefe, in welchem zugleich der Auftrag zur Verzollung enthalten ist, das Gut, welches zur Verzollung zu deklarieren war, unter der allgemeinen Bezeichnung faconniertes Eisen angegeben worden ist, ohne das Walzeisen und die Drahtnägel zu trennen.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 6 S. 404. 407.

Ob die Falvahütte dabei ein Versehen begangen hat, obwohl die Prüfung, ob und welcher Teil der Sendung beim Eingange in Rumänien zu verzollen, und die Vorsorge dafür, nicht ihr, sondern dem Beklagten oblag, ist hier nicht zu entscheiden. Selbst wenn die Falvahütte ein Vorwurf trifft, besteht ihr Verschulden lediglich darin, daß sie in dem Frachtbriefe und in den Begleitpapieren das Gut unvollständig oder unrichtig deklariert hat. Darin kann ein Versehen bei Ausführung des Auftrages, aber keine Überschreitung des Auftrages gefunden werden. Am allerwenigsten liegt darin eine Überschreitung der Vollmacht, die Kläger mit der Verzollung zu beauftragen. Dieser Auftrag ist so erteilt, wie er zu erteilen war. Er ist mit Recht unter dem Namen des Beklagten erteilt. An diesen allein können die Kläger sich deshalb halten, wenn sie ohne eigenes Verschulden dadurch Schaden erlitten haben, daß der Auftrag das zur Verzollung zu bringende Gut nicht vollständig oder unrichtig bezeichnet. Ist diese mangelhafte Bezeichnung auf ein Versehen des Bevollmächtigten zurückzuführen, so haftet den Klägern doch dafür nach den Artt. 298. 52 H.G.B. der Beklagte, nicht dessen Bevollmächtigter, mit dem die Kläger in ein Rechtsverhältnis nicht getreten sind.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 6 S. 404; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 9.

Die Passivlegitimation des Beklagten ist danach zu Unrecht verneint. Das Berufungsurteil hat deshalb aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die von dem Berufungsrichter bisher nicht geprüften, für den Grund des Anspruches auf Schadensersatz wesentlichen Punkte an das Berufungsgericht zurückgewiesen werden müssen."

23. Ist der Streit, ob eine Konkursforderung wegen der Pfandeigenschaft einer anderweitigen Deckung des Gläubigers bloße Ausfallsforderung ist, im Feststellungsverfahren zu erledigen? Keine Behandlung als Ausfallsforderung, wenn die anderweitige Deckung lediglich in einer Aufrechnungsbefugnis beruht. Gewährt §. 44 K.O. der Kreditgenossenschaft ein Absonderungsrecht am Geschäftsguthaben des Genossen für Forderungen an denselben aus erfolgter Kreditgewährung?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Juli 1890 i. S. R.'sche Konkursmasse (Bekl.) w. Kreditverein der Friedrichstadt, eing. Gen., zu Berlin (Kl.). Rep. I. 124/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die klagende Genossenschaft gewährt ihren Mitgliedern Kredit gegen Wechsel. Nach ihrem Statute geht die Mitgliedschaft bei Nichterfüllung der statutenmäßigen Verpflichtungen durch Gesellschaftsbeschluß verloren, insbesondere auch dann, wenn ein Mitglied es wegen Rückzahlung der erhaltenen Darlehen zur gerichtlichen Klage kommen läßt. Dem Mitgliede steht der Austritt am Ende des Rechnungsjahres nach dreimonatlicher Aufkündigung zu.

Im §. 41 des Statutes heißt es:

„Jedes Mitglied erhält über seinen Geschäftsanteil (Guthaben) ein Buch, worin der Vorstand den Zugang bemerkt ꝛc. Das Guthaben der Mitglieder haftet dem Vereine auch für einen etwaigen Ausfall, den derselbe im Konkurse eines Mitgliedes erleidet, und ist eine Kompensation des Guthabens gegen die Schulden zum Nachteile des Vereines nicht gestattet. Wenn ein Mitglied oder ein ausgeschiedenes Mitglied seine während der Mitgliedschaft entstandene Verpflichtung gegen den Verein nicht erfüllt, so ist der Verein indes berechtigt, jedes bei ihm befindliche Guthaben desselben oder von demselben vorhandene Effekten, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde dieselben in den Besitz des Vereines gelangt oder für ihn zur Verfügung gestellt sind, kraft des ihm hiermit vertragsmäßig bestellten Pfandrechtes mit allen Rechten eines Pfandgläubigers zu seiner Deckung in Anspruch zu nehmen und durch Kompensation zu seiner Befriedigung zu verwenden, soweit die vorerwähnten Mittel dazu ausreichen. Es bleibt dem Vereine jedoch die Befugnis vorbehalten,

sich nach seiner Wahl auch zunächst an die Person und das übrige Vermögen der säumigen Schuldner zu halten, ohne daß er auf sein Kompensations- und Pfandrecht zu verzichten verpflichtet ist."

R., Mitglied der Genossenschaft, verfiel in Konkurs. Die Genossenschaft meldete, ohne die eventuelle Deckung durch sein Geschäftsguthaben aufzugeben, zum Konkurse die Forderungen aus von demselben gegebenen Wechseln an. Der Konkursverwalter bestritt die Forderungen an sich nicht. Er wollte aber die Genossenschaft für ihre Befriedigung zunächst auf das Geschäftsguthaben des Gemeinschuldners bei der Genossenschaft verwiesen wissen, weil denselben an diesem Geschäftsanteile nach §. 41 des Statutes wie auch ferner nach §. 44 K.O. ein Pfand-, bezw. Absonderungsrecht zustehe. Er bewilligte daher die Feststellung der Forderungen nur nach Höhe des nachzuweisenden Ausfalles am Pfande. Die Genossenschaft bestritt, daß ihr Recht, sich aus dem Geschäftsanteile zu befriedigen, die Natur eines die Anwendung des §. 57 K.O. begründenden Pfand- oder Absonderungsrechtes habe, und erhob Klage auf Feststellung der Forderungen in voller Höhe und ohne Beschränkung. Das Gericht erster Instanz trat dem Konkursverwalter bei, indem es wegen des §. 41 des Statutes das Recht der Klägerin am Geschäftsguthaben des Genossen als Faustpfand, die Bestimmung in jenem Paragraphen, wonach die Genossenschaft sich ohne Einschränkung zunächst an das übrige Vermögen des Gemeinschuldners halten dürfe, aber für den Konkursfall wegen der zwingenden Vorschriften der Reichskonkursordnung als unwirksam erachtete. Das Berufungsgericht verurteilte dagegen den Konkursverwalter gemäß der Klage, aber lediglich von der Rechtsansicht aus, daß der Konkursgläubiger, sobald die angemeldete Forderung selbst nicht bestritten werde, ein Recht auf eine uneingeschränkte Feststellung derselben habe und der Streit darüber, ob die Befriedigung nach der vollen Höhe der Forderung oder wegen eines vorhandenen Pfandes nur in Höhe des Ausfalles zu erfolgen habe, erst im Verteilungsverfahren zu erledigen sei.

Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufrechterhalten aus folgenden

Gründen:

„Stellt man sich auf den Boden, daß der Klägerin an dem Geschäftsguthaben des Gemeinschuldners als Genossen, sei es nach §. 41

des Genossenschaftsstatutes oder nach §. 44 K.O., ein Faustpfandrecht oder Absonderungsrecht wegen der von ihr im Konkurse angemeldeten Wechselforderungen in der That zusteht, so durfte der Konkursverwalter allerdings verlangen, daß die Feststellung der Forderungen lediglich als Ausfallsforderungen erfolge, und der unbeschränkten, von dieser Maßgabe absehenden Feststellung widersprechen. Die entgegengesetzte Ansicht des Berufungsgerichtes, welche dahin geht, daß die Erörterung, ob ein solches Pfand- oder Absonderungsrecht für die angemeldeten Forderungen bestehe, nicht für die Feststellung der Forderungen, die an sich nicht bestritten seien, sondern erst für die Verteilung der Konkursmasse interessiere, und welche das Berufungsgericht dahin geführt hat, von einer materiellen Entscheidung über den eigentlichen Streit der Parteien abzusehen, erscheint nicht begründet. Es wird dabei die grundsätzliche Verschiedenheit der beiden Fragen verkannt, einmal, ob bei einer wegen Vorhandenseins eines besonderen Deckungsobjektes als Ausfallsforderung gemäß §. 57 K.O. zu charakterisierenden Konkursforderung der Gläubiger schon auf die Deckung verzichten oder letztere realisiert haben müsse, um überhaupt die Forderung als Konkursforderung, letzterenfalls in Höhe des ungedeckt gebliebenen Restes, zur Feststellung bringen zu können, und andererseits, ob der Streit über die Natur der Forderung als bloßer Ausfallsforderung, weil ein anderes in den Händen des Gläubigers befindliches Objekt zu der Forderung als eine herauszugebende oder zunächst zur Befriedigung heranzuziehende Deckung in Beziehung stehe, in das Feststellungsverfahren gehöre.

Die erstere Frage ist es, die vom Reichsgerichte in dem seitens des Berufungsgerichtes angezogenen Urteile des III. Civilsenates vom 29. Januar 1884 Rep. 262/83, vgl. Jurist. Wochenschrift Jahrg. 13 S. 89, und ebenso in dem Urteile des I. Civilsenates vom 27. Februar 1889 Rep. I. 332/88 i. S. Sch. w. B. als B.'scher Konkursverwalter verneint worden ist. Es kann demnach eine Forderung einfach als Ausfallsforderung angemeldet werden, ohne daß schon zur Zeit der Anmeldung oder Feststellung auf das besondere Deckungsobjekt verzichtet zu werden oder der Ausfall festzustehen braucht. Dagegen muß die zweite Frage bejaht werden. Ob mit der angemeldeten Forderung ein in den Händen des Gläubigers befindlicher Gegenstand als Deckung derartig in Verbindung steht, daß der Gläu-

biger nicht neben der Vorenthaltung dieses Gegenstandes die Konkursdividende für die volle Forderung beanspruchen kann, dies berührt die Bedeutung der Forderung für den Konkurs überhaupt, nicht speziell bloß für die Verteilung. Dies ergiebt sich deutlich daraus, daß bereits für das Stimmrecht in den Gläubigerversammlungen, also für den Einfluß der Konkursgläubiger auf die Verwaltung, die Ausfallsforderungen anders als die unbeschränkten Forderungen behandelt werden (§. 88 K.O.), die hier dem Gerichte vorbehaltene Entscheidung über das Stimmrecht nach Höhe des mutmaßlichen Ausfalles aber immer die Erledigung eines vorhandenen Streites darüber, ob die Forderung lediglich eine Ausfallsforderung ist, voraussetzt.

Die Revision mußte indessen zurückgewiesen werden, weil eine Beziehung des Geschäftsguthabens des Gemeinschuldners bei der Klägerin zu den von dieser angemeldeten Forderungen, vermöge deren ein Pfand- oder Absonderungsrecht derselben wegen dieser Forderungen an dem Geschäftsguthaben bestände, nicht existiert.

Ein vertragsmäßiges Faustpfandrecht entsprechend §. 40 K.O. hat durch die Festsetzung im §. 41 des Genossenschaftsstatutes nicht begründet werden können, weil dazu nach §. 15 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung gehören würde, daß der Pfandgläubiger die über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellte Urkunde erlangt hätte. Von dem über den Geschäftsanteil des Genossen auszustellenden Buche heißt es aber gerade in dem §. 41 des Statutes, welcher die Pfandbestellung in betreff des Mitgliedguthabens ausspricht, daß der Genosse dasselbe erhalte. Da es sich um eine allgemeine statutarische Festsetzung für das Verhältnis zu allen Genossen handelt, so erscheint eine durch keinen besonderen Umstand nahe gelegte weitere Ermittelung, ob etwa der Gemeinschuldner sein Buch der Klägerin wieder zurückgegeben habe, nicht angezeigt.

Der §. 44 K.O. erscheint auf das vorliegende Verhältnis unanwendbar. Für sein Verständnis ist seine Beziehung zu §. 14 K.O. von Bedeutung. Beide Bestimmungen beruhen auf dem Gedanken, daß bei einer vorhandenen Gemeinschaft als Anteil des Teilnehmers, der zu seiner Konkursmasse zu fließen hat, nur der Nettoanteil und nicht der Bruttoanteil anzusehen ist, indem nur das, was ihm nach Abzug der ihn auf Grund der Gemeinschaft treffenden Verbindlichkeiten rein verbleibt, den Gegenstand des berechtigten Zugriffes seiner

Privatgläubiger bilden soll. Um dieser Auffassung die Geltung im weitesten Umfange zu sichern, ist den Mitteilnehmern auch für die persönlichen Forderungen, welche ihnen zum Zwecke der erforderlichen Ausgleichung auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses gegen den in Konkurs verfallenen Teilnehmer erwachsen, wie Regreßforderungen infolge über das Maß der internen Beitragspflicht geschehener oder drohender Heranziehung zur Zahlung von die Gemeinschaft angehenden Schulden, Ersatzforderungen für Verwendungen zum Gemeinschaftszwecke und ähnliche Forderungen, ein Absonderungsrecht in betreff des Gemeinschaftsanteiles des Gemeinschuldners durch §. 44 K.O. gewährt. Auch diese zur Ausgleichung erforderlichen Leistungen gelten als Lasten, nach deren Abzug erst sich der reine, für Privatgläubiger verfügbare Anteil des Gemeinschuldners an der Gemeinschaft ergiebt.

Vgl. die Begründung des Entwurfes einer Konkursordnung in Hahn, Materialien zur Konkursordnung S. 214.

Daraus ergiebt sich, daß unter den „auf ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen" im Sinne des §. 44 a. a. O. nicht Forderungen zu verstehen sein können, welche sich darauf gründen, daß der in Konkurs verfallene Teilnehmer aus einem von der Gesellschaft oder Gemeinschaft in Bethätigung ihres Unternehmens mit ihm unterhaltenen Geschäftsverkehre Schuldner derselben geworden ist .... Hätte der Gemeinschuldner nun auch die Darlehen, über welche die Wechsel gegeben sind, nicht bekommen, wenn er nicht Mitglied der Genossenschaft gewesen wäre, und war es auch gerade der Zweck der Genossenschaft, ein Bankgeschäft behufs gegenseitiger Beschaffung der in Gewerbe und Wirtschaft nötigen Geldmittel auf gemeinschaftlichen Kredit zu betreiben, so beruht der Rechtsgrund für die Forderungen aus den gegebenen Darlehen immer nur auf der Hingabe der Darlehen. Lediglich entsprechend diesem Rechtsgrunde behandelt die Genossenschaft solche Forderungen. Sie werden in die Bilanzen, auf Grund deren die Höhe der Geschäftsguthaben der Mitglieder ermittelt wird, wie andere Aktiva eingesetzt. In der Bilanz, auf Grund welcher die Auseinandersetzung der Genossenschaft mit dem infolge seines Konkurses ausscheidenden Genossen erfolgt, ist die Forderung aus Darlehnsgewährungen an den Genossen wie jedes zweifelhaft oder ganz oder teilweise uneinbringlich gewordene Aktivum zu behandeln, und der ausscheidende Genosse trägt seinen genossenschaftlichen Anteil

an diesem Verluste, indem sein Guthaben sich entsprechend vermindert oder er an einem sich herausstellenden Fehlbetrage zur Deckung der Genossenschaftsschulden seinen Anteil zu zahlen verpflichtet wird. Freilich äußert der Verlust an der betreffenden Darlehnsforderung seine Einwirkung auch auf die Geschäftsguthaben der übrigen Genossen und eventuell auf den Umfang ihrer Solidarverpflichtungen, aber doch nicht anders wie jeder Geschäftsverlust. Dafür bleibt eben auch die Darlehnsforderung bestehen und kann von der Genossenschaft in jeder zulässigen Weise, insbesondere auch, indem das Geschäftsguthaben des Gemeinschuldners, wie es sich bei der Auseinandersetzung herausstellt, auf die Forderung aufgerechnet wird, geltend gemacht werden. Zur Gewährung eines Absonderungsrechtes an diesem Guthaben, weil das Darlehn, auf dessen Hingabe an den Genossen sich die Genossenschaftsforderung gründet, aus Anlaß des Mitgliedsverhältnisses oder auch auf Grund einer Verpflichtung der Genossenschaft wegen ihres statutarischen Zweckes gewährt worden ist, fehlt es gerade bei den umfassenden Befugnissen zur Aufrechnung, welche die Reichskonkursordnung dem Gläubiger gewährt, auch an einem ersichtlichen Interesse. Jedenfalls ist aber die Verpflichtung des Genossen zur Rückgewähr des empfangenen Darlehns ihrem Rechtsgrunde nach nur eine Schuld gegen die Genossenschaft als Darlehnsgeberin und Darlehnsgläubigerin. Sie ist weder ausschließlich noch zugleich im Hinblick auf die übrigen Genossen genossenschaftliche Verpflichtung, behufs Vermeidung von Verlusten für diese das empfangene Darlehn an die Genossenschaft zurückzuzahlen. Es bedarf deshalb nicht noch der weiteren Erörterung, ob denn überhaupt nach der allgemeinen rechtlichen Natur der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und dem Wesen der als Geschäftsanteil bei derselben bezeichneten Rechte sich entsprechend §. 44 K.O. das Verhältnis als ein Miteigentum, eine Gesellschaft oder eine Gemeinschaft, in welcher sich die Genossenschaft zu dem Genossen befindet, auffassen läßt,

Danach ist aber die Entscheidung im Sinne des Klaganspruches gerechtfertigt. Der Konkursverwalter hat eine Aufrechnung des Geschäftsguthabens gegen die angemeldeten Forderungen nicht geltend gemacht, wie denn auch gar nicht zur Erörterung gebracht ist, ob die für eine Realisierbarkeit des Guthabens erforderliche Voraussetzung einer Beendigung der Mitgliedschaft des Gemeinschuldners, sei es

durch Ausschluß desselben seitens der Genossenschaft oder infolge Kündigung seitens des Konkursverwalters in Anwendung des §. 16 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868, vorliegt. Deshalb bedarf es keiner Entscheidung, ob der statutarische Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis des Genossen im Falle des Konkurses desselben seine Wirksamkeit verlieren könnte. Klägerin ist zu bindenden Erklärungen, ob und wie sie aufrechnen will, bei Betreibung der Feststellung ihrer Forderungen nicht verbunden, noch hat die Feststellung die eventuellen Einwirkungen solcher Aufrechnung auszusprechen. Die Aufrechnungsbefugnis der Klägerin hindert dieselbe nicht, ihre Forderungen zum vollen Betrage im Konkurse zur Feststellung zu bringen, und es geht ihr die Aufrechnungsbefugnis bloß hierdurch sowenig wie im Falle der Einklagung der Forderungen und der Erlangung eines verurteilenden Erkenntnisses verloren.

Vgl. v. Sarwey, Kommentar zur Reichskonkursordnung 2. Aufl. S. 436; v. Wilmowski, Kommentar 4. Aufl. S. 225; Petersen und Kleinfeller, Kommentar 2. Aufl. S. 242 und die dort Angeführten.

Doch soll zur Vermeidung irrtümlicher Auffassungen über die Tragweite des klägerischen Erfolges im vorliegenden Prozesse hervorgehoben werden, daß mit diesem Urteile auch nicht der Klägerin eine Aufrechnungsbefugnis in der Weise zuerkannt wird, daß sie bei vorhandener oder bevorstehender Realisierbarkeit des Geschäftsguthabens des Gemeinschuldners, statt zunächst mit demselben aufzurechnen und die Konkursdividende nur in Höhe des Ausfalles zu erheben, die Konkursdividende von der vollen Forderung erheben und für den Ausfall Deckung mittels der Aufrechnung nehmen könnte. Hierüber ist hier nicht zu entscheiden, weil bei vorhandener Kompensationslage anders, als bei vorhandenem Absonderungsrechte, die Erhebung einer Konkursdividende von der Geltendmachung der Aufrechnung oder einem ausdrücklichen Verzichte auf dieselbe nicht abhängig ist, während indessen nicht ausgeschlossen ist, daß der Gläubiger vermöge eines Verhaltens, welches mit der Fortdauer des Rechtes zur Aufrechnung unvereinbar ist, letztere verliert. Klägerin wird daher erwägen müssen, ob es nicht der Bedeutung des Konkurses und seinem Zwecke sowie auch dem Wortlaute des §. 46 K.O. entspricht, daß ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vertragsfestsetzungen bei entsprechend den Voraus-

setzungen der §§. 46 flg. vorhandener Kompensationslage nur für den durch Aufrechnung nicht gedeckten Forderungsbetrag die Konkursdividende erhoben und nicht umgekehrt für den Ausfall im Konkurse Deckung mittels der Aufrechnung gefordert werden kann,

vgl. Blätter für Genossenschaftswesen Jahrg. 1887 Nr. 45 S. 309; Parisius & Crüger, Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 S. 248 Note 7; v. Sarwey, a. a. O. S. 437,

und ob demnach nicht zur Vermeidung des Verlustes des Aufrechnungsrechtes überhaupt oder doch unter Umständen, insbesondere wenn es sich um die Erhebung von Dividenden aus der Konkursmasse handelt, während der Betrag des Geschäftsguthabens noch nicht liquide ist, besondere Vorkehrungen erforderlich sind.

Vgl. v. Völderndorff, Kommentar zur Reichskonkursordnung Bd. 1 S. 569; Petersen und Kleinfeller, a. a. O. S. 242; v. Wilmowski, a. a. O. S. 223 Note 4 S. 225 Note 2."

---

24. 1. Enthält die Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom $\frac{12. \text{ November}}{31. \text{ Oktober}}$ 1874 in Art. 10 ein den Mobiliarnachlaß überhaupt regelndes Prinzip, und zwar sowohl hinsichtlich des materiellen Erbrechtes, als auch bezüglich des Gerichtsstandes für Erbrechtsstreitigkeiten?

2. Besteht zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland Gegenseitigkeit hinsichtlich der Vollstreckung richterlicher Urteile im allgemeinen oder doch bezüglich der in Erbrechtsstreitigkeiten, auf welche die Konvention Anwendung findet, ergangenen Urteile?

3. Welche Bedeutung haben die Entscheidungen russischer Gerichte für den deutschen Richter, bei welchem eine dort entschiedene Erbstreitigkeit anhängig gemacht wird, und zwar speziell gegen einen Deutschen, welcher in Rußland lediglich edictaliter geladen war?

Deutsch-russische Konvention vom $\frac{12. \text{ November}}{31. \text{ Oktober}}$ 1874, R.G.Bl. 1875, S. 136 flg.

C.P.O. §§. 660. 661 Ziff. 4. 5.

VI. Civilsenat. Urt. v. 23. Juni 1890 i. S. v. H. (Bekl.) w. Sp. u. Gen. (Kl.) Rep. VI. 88/90.

I. Landgericht Frankfurt a./M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 19. Januar 1882 verstarb zu Wiesbaden ohne Hinterlassung von Kindern der russische Staatsangehörige D. J. v. H., ein Sohn des im Jahre 1871 ebendaselbst verstorbenen Generalkonsuls gleichen Namens und der Ehefrau desselben N., geb. v. St. Letztere starb zu Frankfurt a./M. am 17. Mai 1882 mit Hinterlassung eines Testamentes, in welchem sie ein Kapital von 500 000 Rubeln ihren fünf Kindern — von denen drei sie überlebten — und, falls eines derselben vor ihr mit Tod abgehen sollte, dessen Anteil „seinen Erben" „testiert". Dieses Testament ist auf Betreiben eines dieser Kinder durch ein — nach russischem Rechte — erforderliches Urteil des Kreisgerichtes zu St. Petersburg nach vorheriger Sachprüfung bestätigt. Den Nachlaß des D. J. v. H. betreffend, so haben dessen Bruder N. L. v. H. und der Sohn A. des vorverstorbenen Bruders A. v. H. ein Urteil des Kreisgerichtes zu St. Petersburg vom 3. Mai 1883 erwirkt, durch welches sie als Erben des Genannten bestätigt wurden. Infolgedessen haben dieselben je zur Hälfte nachstehende Vermögensteile ausgeantwortet erhalten:

1. einen Ausstand bei St. & Co. in Petersburg zu 100 000 Rubel;

2. eine bei der russischen Staatsschuldenkommission eingeschriebene, ununterbrochen zinstragende Obligation zu 4 Prozent über 85 714 Rubel nebst Zinsen;

3. laut Inventars eines Gerichtspristaws, Pelze und Brillanten, bares Geld, und in deutschen Werten — ℳ, zusammen 3680 R. 5 K.

In dem unter 3. aufgeführten Posten sind die der russischen Konsulatsbehörde in W. überwiesenen Werte enthalten, welche der Erblasser zur Zeit seines in W. erfolgten Todes bei sich hatte.

D. J. v. H. hat eine Witwe hinterlassen, Namens Anna v. H. Dieselbe hat unter der Behauptung, nach russischem Rechte zu $^1/_4$ des Mobiliarnachlasses ihres Ehemannes erbberechtigt zu sein, gegen L. u. A. v. H. bei dem russischen Kreisgerichte in St. Petersburg eine Klage erhoben, in welcher sie auf Grund ihres Erbrechtes von den den Be-

klagten aus dem erwähnten Nachlasse zugeflossenen — R. ein Vierteil beanspruchte. Durch Versäumnisurteil des genannten Kreisgerichtes vom 9. März 1887 wurde die Klägerin als Erbin ihres verstorbenen Ehemannes zu einem Vierteil bestätigt, und die Beklagten wurden je zur Hälfte zur Zahlung der Klagesumme nebst Prozeßzinsen und der Gerichtskosten verurteilt. Durch weiteres Urteil des St. Petersburger Bezirksgerichtes vom 5. November 1887 wurde bezüglich des A. v. H. erkannt, daß derselbe, in Deutschland lebend, zwar die Empfangnahme des ersten Urteiles verweigert habe, daß dasselbe aber gleichwohl für mitgeteilt und mangels „Einspruches binnen gesetzlicher Frist" für rechtskräftig zu erachten sei. Auf den Einspruch des L. v. H. dagegen wurde dieser wiederum, wie früher, verurteilt und auf seine Berufung vom St. Petersburger Gerichtshofe am 24. Mai 1888 das Urteil des Bezirksgerichtes bestätigt.

Inzwischen war Anna v. H. verstorben mit Hinterlassung der jetzigen Kläger als Kinder und Erben. Diese haben bei dem Landgerichte zu Frankfurt a./M. gegen A. v. H. auf Grund des vorstehenden Sachverhaltes Klage erhoben mit dem Antrage, den Beklagten zur Zahlung von — Rubel nebst Zinsen zu verurteilen. Es ist von den Klägern die Anwendbarkeit des russischen Rechtes auf Grund der deutsch-russischen Konvention vom $\frac{31.\ \text{Oktober}}{12.\ \text{November}}$ 1874 behauptet. Der Beklagte hat der Klage widersprochen und u. a. die Anwendbarkeit der Konvention bestritten.

Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, weil J. D. v. H. zuletzt in Frankfurt a./M. domiziliert gewesen sei, die Konvention auf den in Rußland befindlichen Nachlaß eines Russen keine Anwendung leide, die Kläger daher die Anwendung russischen Rechtes auf die Beerbung des J. D. v. H. — wenigstens bei einem deutschen Gerichte — nicht in Anspruch nehmen könnten.

Auf Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landesgerichtes aufgehoben und den Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt.

Die gegen dieses Urteil vom Beklagten eingelegte Revision wurde für begründet erkannt.

Aus den Gründen:

... „Die Entscheidung des zweiten Richters beruht auf folgenden Haupterwägungen:

1. Unter der Feststellung, daß es sich nicht lediglich um in Rußland befindliches Vermögen des J. D. v. H. handle, daß vielmehr in dem Posten zu 3. (oben) die zur Zeit des Todes des Erblassers in Deutschland befindlich gewesenen Vermögenswerte des Genannten enthalten seien, wird ausgeführt, daß insoweit jedenfalls die Voraussetzungen der deutsch-russischen Konvention von 1874 gegeben vorliegen, daß übrigens in Art. 10 dieser Konvention ein allgemeines Prinzip bezüglich der Beerbung der beiderseitigen Staatsangehörigen aufgestellt werde, durch welches den landesrechtlichen Grundsätzen über die Anwendung des Rechtes des letzten Wohnsitzes des Erblassers bezüglich des beweglichen Nachlasses im allgemeinen derogiert sei mit der einzigen in Abs. 2 a. E. und Abs. 3 daselbst vorgesehenen Ausnahme. Grundsätzlich nämlich werde das Nationalitätsprinzip als für die Beerbung der beiderseitigen Staatsangehörigen ohne Rücksicht auf deren letzten Wohnsitz als maßgebend anerkannt mit zwei Ausnahmen, einmal bezüglich der Immobilien und dann bezüglich der Erbansprüche von Inländern. Hierfür wird Bezug genommen auf den Bericht des Ausschusses des Bundesrates für Justizwesen, mit welchem jene Konvention dem Reichstage vorgelegt wurde,

vgl. Stenogr. Berichte zur II. Session 1874/75 Bd. 4 S. 874, besonders S. 876,

dann auf die zu Tage getretene Auffassung im Reichstage,

vgl. das. Bd. 1 S. 659. 660. 661, Bd. 2 S. 868. 869;

ferner werden hierfür herangezogen der Konsularvertrag des Deutschen Reiches mit Griechenland vom 26. November 1881, besonders Artt. 23. 25 das., und die Denkschrift dazu bei Vorlage desselben an den Reichstag.

Vgl. Samml. der Drucksachen des Reichstages I. Session 1881/82 Anl.-Bd. Nr. 59 S. 187.

2. Einer der Ausnahmefälle der Konvention liege nicht vor. Beklagter selbst sei, nebst seinem Oheim L. v. H., bei den russischen Gerichten als Erbprätendent nach dem beiden hinsichtlich des Vorzuges vor den Schwestern sehr günstigen, russischen Erbrechte aufgetreten, und beide seien auf Grund des russischen Erbrechtes in den Nachlaß eingewiesen worden. Auch bezüglich des Nachlasses der N. v. H. habe das russische Erbrecht Platz gegriffen; beides, da

3. die Erblasser zur Zeit ihres Todes russische Staatsangehörige waren.

4. Somit — erwägt das Berufungsgericht weiter — sei auf Grund der Konvention von 1874 anzuerkennen, daß sowohl J. D. v. H. als N. v. H. hinsichtlich ihres Mobiliarnachlasses grundsätzlich nach russischem Rechte beerbt, bezw. daß diese Nachlässe nach russischem Rechte zu regulieren seien. Daß nach diesem Rechte der Witwe ein Vierteil des ersteren Nachlasses gebühre, ergebe sich aus den vorliegenden Urteilen der russischen Gerichte und werde nicht bestritten; auch sei insoweit „das Urteil" der russischen Gerichte nach der Konvention zweifellos maßgebend und von den deutschen Gerichten anzuerkennen.

5. Es handle sich hier nicht um eine Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung des ausländischen Urteiles; auch könne es dahingestellt bleiben, ob aus russischen Urteilen eine Judikatsklage in Deutschland erhoben werden könne, denn eine solche sei nicht angestellt; vielmehr sei dieselbe Klage, wie die in Rußland erhobene, aus dem materiellen Sachverhältnisse angestellt, und die vorgelegten russischen Urteile sollten nicht sowohl als Klagegrund, sondern bloß als Angriffsmittel zur Unterstützung des materiellen Klagegrundes dienen.

6. Gleichwohl komme jenen Urteilen angesichts der Artt. 7. 10 der Konvention von 1874 eine für die deutschen Gerichte maßgebende Bedeutung hinsichtlich der einzelnen Streitpunkte zu.

7. Der erhobene Anspruch stelle sich als die Erbschaftsklage des bei der Teilung übergangenen Erben gegen die Miterben auf seinen Anteil und als eine Anfechtung der stattgehabten Teilung dar. Sinngemäß erstrecke sich die Zuständigkeit der nach der Konvention zuständigen russischen Gerichte auch auf diese Ansprüche; hieraus ergebe sich ohne weiteres, daß die in jenen Urteilen, von denen allerdings nur das erste vom 9. März 1887 gegen den jetzigen Beklagten mit ergangen sei, enthaltenen Vorentscheidungen hinsichtlich des Erbrechtes bezw. der Auslegung des Testamentes der N. v. H. nach russischem Rechte keiner Nachprüfung seitens der deutschen Gerichte zu unterziehen seien.

8. Die Frage hinsichtlich der Zugehörigkeit der einzelnen in der Klage aufgeführten Vermögensstücke — bezüglich deren teilweise, das ist bezüglich der 100 000 Rubel bei St., die russischen Entscheidungen

in erster und zweiter Instanz voneinander abwichen — anlangend, so sei, da nach jeder der beiden Auffassungen der Anspruch der Anna v. H. anerkannt werde, die Abweichung der russischen Urteile in der Begründung zur Sache einflußlos.

9. Dem Zweifel hinsichtlich der Zugehörigkeit der vierprozentigen Obligation stehe die in den russischen Urteilen enthaltene Feststellung entgegen, daß die Obligation auf den Namen des J. D. v. H. eingetragen gewesen sei.

10. Hiernach sei auf Grund der russischen Vorentscheidungen der Anspruch der Kläger auf Herausgabe des zum Nachteile der Anna v. H. vom Beklagten zu viel erhobenen Achtteilanteiles an den sämtlichen Vermögensstücken für begründet zu erachten, und der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß er sich auf das Prozeßverfahren in Rußland nicht eingelassen habe. Denn selbst wenn er Deutscher war, habe er, insofern er nicht auf den in Deutschland befindlichen Nachlaß Erbansprüche nach deutschem Rechte verfolgen wollte, sich hinsichtlich der Erbschaft auf das Verfahren vor den russischen Gerichten einlassen müssen, widrigenfalls er deren Entscheidungen, wenn auch nicht als Vollstreckungstitel, so doch als materiell begründet nach der Konvention auch gegen sich gelten zu lassen habe.

11. Das russische Recht und ebenso die russischen Entscheidungen, letztere, soweit nicht ein Irrtum oder ein nach russischem Rechte zu beurteilender rechtlicher Verstoß nachweislich untergelaufen, erschienen auch für die Frage maßgebend, für welche Beträge der mit der hereditatis petitio belangte Beklagte der Anna v. H., nun deren Erben, aufzukommen habe.

12. Hiernach müsse es bei der in den russischen Urteilen gegen den Beklagten zuerkannten Summe von 24 867 Rubel 50 Kopeken (soll hier heißen: 24 102 Rubel 75 Kopeken) bewenden.

13. Die geforderten Zinsen und Kosten, deren Rechsgrund allerdings nicht im Erbrechte, sondern im russischen Prozeßrechte wurzele, seien als bloße Nebenansprüche zu dem der Entscheidung der russischen Gerichte „konventionalmäßig" unterliegenden erbrechtlichen Hauptanspruche, nach Sinn und Geist der Konvention gleichfalls in hiernach maßgebender Weise den Klägern zugesprochen.

Gegen diese Ausführungen erhebt die Revision zunächst den Angriff, daß der Konvention von 1874 eine unzulässige Ausdehnung

gegeben sei. Die Konvention spreche nirgends von dem Erbrechte in das im Heimatlande des Erblassers befindliche bewegliche Vermögen; und wenn auch die Vertragsteile der Ansicht gewesen sein möchten, daß die Anwendbarkeit des Erbrechtes des Heimatsstaates im allgemeinen bereits geltendes — internationales — Recht sei, so habe doch diese Ansicht weder im Art. 10 noch an einer anderen Stelle der Konvention in einer Weise Ausdruck gefunden, daß jener Satz zu einer Satzung der Konvention geworden sei.

Dieser Angriff geht fehl. Vorauszuschicken ist, daß die Konvention internationales Erbrecht regelt, mithin einen Gegenstand behandelt, hinsichtlich dessen nach der Verfassung des Deutschen Reiches (Art. 4 Ziff. 13 — in der Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 1873 — und Art. 11) der Kaiser Staatsverträge mit auswärtigen Mächten abzuschließen befugt ist, und daß die Konvention mit einem motivierenden Berichte des Ausschusses des Bundesrates für Justizwesen dem Reichstage zur Beratung und Beschlußfassung vorgelegt und vom Reichstage in dreimaliger Lesung genehmigt, hiernach die Voraussetzung des Art. 11 Abs. 3 a. a. O. überall erfüllt ist. Die Publikation ist erfolgt im Reichsgesetzblatte von 1875 S. 136. Der Art. 10 der Konvention bestimmt:

„Die Erbfolge in die unbeweglichen Güter richtet sich nach den Gesetzen des Landes, in welchem die Immobilien belegen sind, und die Gerichte dieses Landes haben ausschließlich über jeden Anspruch oder Einwand, der den unbeweglichen Nachlaß betrifft, zu befinden.

Ansprüche, welche sich auf die Teilung des beweglichen Nachlasses, sowie auf das Recht der Erbfolge in das bewegliche Vermögen beziehen, welches in einem der beiden Länder von Angehörigen des anderen Landes hinterlassen worden ist, werden von den Gerichten oder sonst zuständigen Behörden des Staates, dem der Verstorbene angehörte, und nach den Gesetzen dieses Staates entschieden, es müßte denn ein Unterthan des Landes, in welchem der Nachlaß eröffnet ist, auf die gedachte Hinterlassenschaft Ansprüche zu erheben haben.

In diesem letzten Falle soll, wenn der Anspruch vor Ablauf der in Art. 5 festgesetzten — achtmonatlichen — Frist geltend gemacht worden ist, die Prüfung dieses Anspruches den Gerichten oder sonst zuständigen Behörden des Landes anheimfallen, in welchem der Nach-

laß eröffnet worden ist, und diese haben nach den Gesetzen dieses Landes über die Rechtmäßigkeit der Ansprüche des Reklamanten und eintretenden Falles über diejenige Rate zu entscheiden, welche ihm zugeteilt werden soll.

Sobald derselbe wegen dieser Rate befriedigt ist, wird der Überrest des Nachlasses an die Konsularbehörde ausgehändigt, welche damit hinsichtlich der übrigen Erben nach Art. 8 zu verfahren hat."

Es kann der Revision zugegeben werden, daß der Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 auf den ersten Blick die Auffassung zuläßt, als ob er sich nur auf denjenigen beweglichen Nachlaß beziehe, welcher sich in dem Staate befindet, wo der Erblasser gestorben ist, nicht aber auf den im Heimatsstaate des Erblassers befindlichen Teil jenes Nachlasses. Auch der Eingang der Konvention spricht von den Erbschaften, welche in einem der beiden Staaten von Angehörigen des anderen Staates hinterlassen werden. Ein Gewicht für die vom Berufungsrichter vertretene Ansicht soll auch nicht darauf gelegt werden, daß die Konvention in der Überschrift sich bezeichnet:

„Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland."

Gleichwohl ergiebt eine nähere Betrachtung des Artikels, daß schon der Wortlaut desselben zu der entgegengesetzten Auffassung hindrängt. Hierfür spricht in erster Linie der Gegensatz in der Ausdrucksweise zwischen Abss. 1. 2. In Abs. 1 werden bezüglich der Immobilien das Recht der belegenen Sache **und der Gerichtsstand** derselben als ausschließliche hingestellt. In Abs. 2 ist hinsichtlich des Gerichtsstandes eine offenbare Abschwächung beliebt, und hinsichtlich des Mobiliarnachlasses ist die Ausdrucksweise so allgemein, daß darunter auch die Mobilien, welche der Erblasser in irgend einem der Länder der vertragschließenden Staaten hinterläßt, verstanden werden können. Und wenn nach Abs. 4 der Rest des Nachlasses, über welchen nach dem Erbrechte des Heimatsstaates verfügt werden soll, dem Konsul dieses Staates auszuhändigen ist, so kann diese Bestimmung doch nur zur selbständigen Voraussetzung haben, daß der schon im Heimatsstaate befindliche übrige Nachlaß nach dortigem Rechte zu behandeln und zu verteilen ist, zumal der Vertrag sich gleicherweise auf die im anderen Vertragsstaate Domizilierten, wie auf diejenigen Personen,

welche sich dort nur vorübergehend aufgehalten haben, bezw. deren Verlassenschaften bezieht (Art. 1 das.).

Zugegeben indessen, daß der Wortlaut Zweifel zuläßt, so muß doch an der Hand der Materialien des Vertrages sowohl, als aus inneren Gründen dem Vorderrichter dahin beigetreten werden, daß im Art. 10 ein allgemeines Prinzip bezüglich der Beerbung der beiderseitigen Staatsangehörigen aufgestellt ist, durch welches den landesrechtlichen Grundsätzen über die Anwendung des Rechtes des letzten Wohnsitzes derogiert wird, und daß an die Stelle dieser landesrechtlichen Grundsätze bezüglich des Mobiliarnachlasses das Nationalitätsprinzip gesetzt ist.

In dieser Weise hat, wie schon der zweite Richter ausführt, der Justizausschuß des Bundesrates den Vertrag aufgefaßt, indem er in dem obenerwähnten Berichte bemerkt: „Bezüglich der Erbansprüche an den Mobiliarnachlaß ist dagegen bestimmt, daß die Entscheidung grundsätzlich nach den Gesetzen und von den Gerichten des Landes erfolgen soll, dem der Verstorbene angehörte." Gleicher Auffassung begegnete der Vertrag im Reichstage, wo die Abgeordneten Römer und Dr. Bähr sich dahin äußerten: die Konvention setze an Stelle des nach gemeinem Rechte geltenden Prinzipes, daß das Gesetz des letzten Wohnortes entscheide, das Prinzip, daß das Gesetz des Heimatsstaates des Erblassers entscheide, was der Bundesbevollmächtigte Dr. Friedberg bestätigte.

Der Abgeordnete Römer fügte noch hinzu, daneben werde der gemeinrechtliche Begriff der Universalsuccession auf den Kopf gestellt, und zwar in doppelter Beziehung durch die Unterscheidung:

1. zwischen den Immobilien und dem sonstigen Nachlasse, und
2. bezüglich der Staatsangehörigkeit der Erbprätendenten.

Nach Ansicht des Redners würde es im Sinne der Konvention genügen, auszusprechen, daß die Erbfolge in den Nachlaß sich nach den Gesetzen des Staates regle, dem der Verstorbene angehöre. Der Abgeordnete Dr. Bähr ist mit dem Grundgedanken des Vertrages, daß bei dem Tode eines fremden Staatsangehörigen nicht das Erbrecht des Ortes, wo er gelebt hat, sondern das Erbrecht seines Heimatsortes entscheidend sei, einverstanden. Er hält dies für ein gerechtes Prinzip und beklagt die gemachten Ausnahmen.

Daß die hierbei in Betracht kommenden Faktoren auf deutscher Seite auch noch bei späteren Gelegenheiten die Konvention in diesem Sinne aufgefaßt haben, dafür spricht, wie der zweite Richter gleichfalls zutreffend ausführt, die Denkschrift, mit welcher die Konsularkonvention mit Griechenland vom 26. November 1881 (R.G.Bl. 1882 S. 101) dem Reichstage vorgelegt, und in welcher referiert ist, daß die griechische Regierung zum Eintritte in die bezüglichen Verhandlungen auf Grundlage der deutsch-russischen Konvention sich bereit erklärt habe. Es hätten sich aber die in Art. 10 dieser Konvention getroffenen Bestimmungen als zu kompliziert erwiesen. Die Scheidung zwischen Immobiliar- und Mobiliarnachlaß und die dem Erben unter Umständen gewährte Option zwischen dem Erbrechte des einen und des anderen Landes hätten in der Praxis zu Übelständen geführt, welchen am zweckmäßigsten durch Aufstellung des alle derartigen Nachteil ebeseitigenden Grundsatzes abzuhelfen sei, daß Erbrecht, Erbfolge und Erbteilung sich durchweg nach dem Heimatsrechte des Erblassers richten. Diesem Grundsatze sei im Art. XXIII Ausdruck gegeben.

Dieser Artikel lautet:

„Das Erbrecht sowie die Teilung des Nachlasses des Verlebten richten sich nach den Gesetzes seines Landes.

Alle Ansprüche, welche sich auf Erbrechte und Nachlaßteilung beziehen, sollen durch die Gerichtshöfe oder zuständigen Behörden desselben Landes entschieden werden und in Gemäßheit der Gesetze dieses Landes."

Hierzu bemerkte bei der zweiten Beratung dieser Konvention der Reichtagsabgeordnete Dr. Kapp:

vgl. Stenogr. Berichte I. Sess. 1881/82 Bd. 1 S. 676:

„Indem es uns in jenem Teile gelungen ist, einige zweifelhafte Punkte zur Zufriedenheit beider Kontrahenten zu erledigen, namentlich die Universalsuccession in den Nachlaß Verstorbener zu statuieren, während wir in jenem russischen Vertrage den Mo- und Immobiliarnachlaß getrennt voneinander behandelten, haben wir in der Fortbildung unserer internationalen Verträge einen großen Fortschritt gemacht."

Einschaltungsweise soll hier Erwähnung finden, daß das sogenannte Nationalitätsprinzip, welches nach Ansicht v. Bar's

vgl. dessen Theorie und Praxis des internationalen Privatrechtes 2. Aufl. 1889 §. 93 S. 276,

nicht nur die Handlungsfähigkeit einer Person, sondern auch die Erbfolge in das Vermögen derselben beherrscht, auch in weiteren Konventionen des Deutschen Reiches, und zwar;

mit Brasilien vom 10. Januar 1882 (R.G.Bl. S. 69) Art. 35,

mit Serbien vom 6. Januar 1883 (R.G.Bl. S. 62) Art. XIX,

mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Januar 1885 (R.G.Bl. von 1886 S. 209) Art. 25,

in gleicher Weise wie gegenüber Griechenland zum Ausdrucke gelangt ist.

Ebenso streitet nichts wider die Annahme, daß in der Konvention von 1874 auch russischerseits dasselbe Prinzip zum Ausdrucke gebracht werden sollte. Diese Annahme dürfte umsoweniger auf Zweifel stoßen, als das russische internationale Erbrecht, von den Immobilien abgesehen, überhaupt vom Prinzipe der Staatsangehörigkeit beherrscht zu sein scheint.

Vgl. v. Bar, a. a. O. §. 90 Note 7 S. 265 und Bd. 2 §. 363 Note 20; Steinbach, Die russische Erbfolgeordnung, S. 11; Leutholdt, Russische Rechtskunde §. 7 S. 46; Lehr, Eléments de droit civil Russe S. 447.

Aber auch innere Gründe sprechen für die Auffassung des Oberlandesgerichtes. Wie der Revisionskläger selbst anerkennt, würde sich bei der gegenteiligen Ansicht das auffallende Resultat ergeben, daß das überall betonte Prinzip der Staatsangehörigkeit — abgesehen von den bereits statuierten zwei Ausnahmen — nochmals durchlöchert und beispielsweise bezüglich des in Deutschland befindlichen Mobiliarnachlasses eines im Deutschen Reiche domizilierten und verstorbenen Russen das russische Erbrecht, bezüglich des in Rußland verbliebenen Mobiliarnachlasses desselben das Recht des letzten Wohnsitzes — also unter Umständen deutsches Erbrecht — anzuwenden wäre, eine Konsequenz, welche die vertragschließenden Staaten sicher nicht gewollt haben und wegen der dadurch in der Regelung der Erbschaften eintretenden Verwirrung niemals gewollt haben können.

Daß endlich die Auffassung des ersten Richters, wonach die Konvention überhaupt keine Vorschriften in bezug auf Erbschaftsstreitigkeiten geben wolle, sondern nur Instruktionen für die die Erbschaft

regelnden Behörden enthalte, schon den Wortlaut gegen sich hat, zeigt ein Blick auf Absatz 1 und 2 des Art. 10; es soll daher nur noch auf den Bericht des Bundesratsausschusses hingewiesen werden, woselbst es unter anderem heißt:

„Die Verweisung der Erbstreitigkeiten an die Gerichte des Heimatslandes ist daher für die deutschen Interessen nur vorteilhaft."

Da nun der Mobiliarnachlaß des J. D. v. H. teilweise in Deutschland, teilweise in Rußland sich befunden hat, und das gleiche zweifellos auch bezüglich des Nachlasses der N. v. H. der Fall war, so ist an sich die Anwendbarkeit der Konvention auf die vorliegende Streitsache außer Frage.

Die Revision sucht für diesen Fall auszuführen, daß eine Entscheidung deutscher Gerichte über den Klaganspruch unzulässig sein würde, da nach der Konvention die Gerichte des Heimatsstaates — hier also Rußlands — über die sämtlichen Erbansprüche zu entscheiden hätten. Dieser Angriff erledigt sich nicht durch die Thatsache, daß die Einrede der Gerichtsunzuständigkeit in den Vorinstanzen nicht erhoben wurde; denn die Prüfung der Zuständigkeit hat von Amts wegen zu erfolgen, soweit nicht — abgesehen vom Eintritte relativer Rechtskraft — der Gerichtsstand der Parteivereinbarung unterliegt. Dazu kommt, daß die Konvention zu einer Zeit abgeschlossen wurde, zu welcher eine deutsche Civilprozeßordnung noch nicht bestand.

Nun werden Staatsverträge durch die Änderung der Gesetzgebung des einen Vertragsstaates regelmäßig nicht berührt.

Vgl. die Motive zu den §§. 3—7 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung S. 463 und zu §. 4 K.O. S. 32; zur Civilprozeßordnung S. 403 (vgl. Hahn, Materialien S. 433); zum Gerichtsverfassungsgesetze S. 214 (Hahn, daselbst S. 187); auch zum Einführungsgesetze zur Strafprozeßordnung S. 256 (Hahn, Materialien S. 299); dann Urteil des VI. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 1. Juli 1889, Rep. 107/89, abgedruckt in Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 24 S. 12—14.

Es bedarf sonach keiner Prüfung der Frage, ob die Konvention nicht etwa als Reichsgesetz im Sinne des §. 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. aufzufassen und auch hiernach die prozeßrechtlichen Vorschriften derselben durch die Civilprozeßordnung nicht

berührt seien. Die vom Revisionskläger angeregte Frage ist daher ohne Rücksicht auf die Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung zu beantworten. Hierbei ist zugleich die von dem weiteren Revisionsangriffe umfaßte Frage zu prüfen, ob angesichts der Konvention nicht von selbst und stillschweigend die Anerkennung der von den zuständigen Behörden und Gerichten des einen Vertragsstaates über Erbansprüche getroffenen Entscheidungen seitens der Behörden und Gerichte des anderen Staates als vereinbart zu gelten habe. Dabei ist zunächst von den später erlassenen Vorschriften der Civilprozeßordnung (§§. 660. 661) abzusehen. Es fällt vor allem der Umstand ins Gewicht, daß zur Zeit des Erlasses der Konvention ein gemeinsames deutsches Civilprozeßverfahren noch nicht ins Leben getreten war, sodaß schon aus diesem Grunde das Schweigen der Konvention darauf hindeutet, daß für die sämtlichen Bundesstaaten des Deutschen Reiches eine gemeinsame Norm diesfalls nicht aufgestellt werden wollte. Sodann aber läßt sich auch der Rechtssatz nicht begründen, daß der Abschluß eines Staatsvertrages über eine gewisse Rechtsmaterie von selbst auch die Anerkennung der einzelnen, von den vertragsmäßig als zuständig erklärten Behörden getroffenen Entscheidungen als unanfechtbarer Richtersprüche oder Vorentscheidungen oder die Notwendigkeit der Gewährung internationaler Rechtshilfe in sich schließe. Diese letztere Materie kann recht wohl durch selbständige Staatsverträge geregelt werden.

Vgl. Art. 4 Ziff. 11 und Art. 11 der Verfassung des Deutschen Reiches, §. 1273 des russischen Gesetzes vom 20. November 1864 über die Gerichtsverfassung und die Civilprozeßordnung (Wach, Handbuch S. 245 und preußisches Justizministerialblatt von 1870 S. 279. 280).

In der That enthält auch die Konvention mit Rußland eine Reihe von Bestimmungen, welche die Rechtshilfe betreffen. Dagegen ist bezüglich der Frage, welche Wirksamkeit die russischen Urteile über Erbschaftsstreitigkeiten in Deutschland und umgekehrt die Entscheidungen deutscher Gerichte in Rußland äußern, in der Konvention nichts bestimmt, obgleich, wenn eine hierauf gerichtete Absicht bestand, nichts näher lag, als die Konvention auf diese Materie auszudehnen.

Die Civilprozeßordnung fand sohin in dieser Frage ein offenes

Feld vor, und es greifen daher für das Deutsche Reich zunächst die Bestimmungen der Civilprozeßordnung Platz. Nun ist aber seit der Entscheidung des Kassationsdepartements des dirigierenden Senates in St. Petersberg aus dem Jahre 1882 über die §§. 1273—1281 der — oben erwähnten — russischen Civilprozeßordnung[1] überall kein Zweifel mehr, daß in Rußland die Urteile der Gerichte auswärtiger Staaten, mit welchen diesfalls ein besonderes Abkommen nicht getroffen, überhaupt nicht vollstreckt werden, und es steht fest, daß ein solches Abkommen zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland nicht besteht und auch vorher zwischen Rußland und Preußen nicht bestand.

Vgl. Wach, a. a. O.; Nr. 18 des Centralblattes für das Deutsche Reich 1883 S. 136; Leutholdt, a. a. O. S. 321; Engelmann, Die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urteile in Rußland; Urteil des IV. Civilsenates des Reichsgerichtes Rep. IV. 171/84 vom 30. Oktober 1884 in Jurist. Wochenschrift S. 299.

Hiernach stünde zunächst einer Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung des Urteiles des russischen Stadtgerichtes zu St. Petersburg vom 9. März 1887 — welche Klage übrigens nicht angestellt ist — der §. 661 Abs. 2 Ziff. 5 C.P.O. entgegen. Gegebenen Falles aber müßte eine solche Klage auch, von der Gegenseitigkeit abgesehen, an der Ziff. 4 daselbst scheitern, solange die Behauptung des Beklagten, daß er deutscher Staatsangehöriger sei, nicht widerlegt ist. Denn aus den vorgelegten Urteilen der russischen Gerichte geht hervor, daß der Beklagte dort auf den Prozeß sich nicht eingelassen hat, und daß ihm die den Prozeß einleitende Ladung bezw. Verfügung weder in Person noch durch Gewährung der Rechtshilfe im Deutschen Reiche zugestellt, derselbe vielmehr lediglich edictaliter geladen worden ist. Dieser letztere Umstand würde aber auch einer Judikatsklage aus dem Urteile vom 9. März 1887 entgegenstehen, selbst wenn man nicht, wie das Reichsgericht schon mehrfach ausgesprochen hat,

vgl. IV. Senat Rep. IV. 45/85 Urt. vom 2. Juni 1885; I. Senat in Entsch.

[1] Bis dahin war man in Rußland sowohl wie in Preußen der Ansicht, daß durch die russische Civilprozeßordnung die Gegenseitigkeit zwischen Preußen und Rußland verbürgt sei: vgl. Engelmann in dem im Texte bezeichneten Werke, dann Martens im Journal de droit international privé Bd. 5 (1878) S. 139 sowie preußisches Justizministerialblatt a. a. O. D. E.

des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 432; I. Senat Rep. I. 294/88 Urt. vom 29. Dezember 1888; II. Senat Rep. II. 71/89 Urt. vom 10. Mai 1889,

eine Judikatsklage aus einem auswärtigen Urteile — in anderer Form als der der §§. 660 und 661 C.P.O. — überhaupt für ausgeschlossen erachten wollte. Denn offenbar soll durch §. 661 Ziff. 4 a. a. O. der Rechtskraft eines ausländischen Versäumnisurteiles, welches gegen einen Deutschen ohne die dort vorgesehenen Formen der Ladung ergangen ist, die Anerkennung versagt sein. Dieser Umstand ist zwar für die Entscheidung des konkreten Falles nicht direkt von Belang, weil, wie der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum ausführt, auch die Judikatsklage nicht angestellt ist. Gerade dann aber, wenn nicht aus dem ausländischen Urteile selbst geklagt werden kann, wird dem Klageteile zu gestatten sein, den Rechtsanspruch selbst vor deutschen Gerichten zum Austrage zu bringen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 433, auch Bd. 8 S. 389.

Allein die Folge ist dann unabweislich, daß die Entscheidung des ausländischen Gerichtes als solche überhaupt nicht von präjudizieller Wirksamkeit für den deutschen Richter sein kann. Selbst wenn man nicht so weit gehen wollte, mit dem I. Senate,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 389,

das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht nur betreffs der Vollstreckung, sondern auch betreffs der Anerkennung ausländischer Urteile als Urteile aufzustellen, so würde für den vorliegenden Fall schon der Mangel der Rechtskraft des Versäumnisurteiles vom 9. März 1877 im Sinne des §. 661 Ziff. 4 C.P.O. dem Beklagten gegenüber die Geltung jenes Urteiles als einer die deutschen Gerichte irgendwie bindenden Vorentscheidung ausschließen.

Diese Erwägung aber führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteiles. Der zweite Richter hat nämlich nicht, was ihm unbenommen gewesen wäre, jenes Urteil vom 9. März 1887 sowie die weiteren Urteile der russischen Gerichte vom 5. November 1887 und vom 24. Mai 1888 als autoritative Auslegungsbehelfe für Anwendung des russischen Erbrechtes benutzt und in Anwendung dieses Rechtes den Fall selbständig entschieden, sondern den anfänglich richtigen Weg, auf welchem jene Urteile bloß als Angriffsmittel zur Unterstützung des materiellen Klagegrundes sich darbieten sollten, verlassen und auf

Grund der Konvention jenen Urteilen, sogar insoweit sie nicht gegen den Beklagten selbst erlassen worden, hinsichtlich des Erbrechtes nach Inhalt, Umfang und ziffermäßiger Festsetzung der Schuldigkeit des Beklagten die Geltung von Vorentscheidungen eingeräumt, welche nach russischem Rechte keiner Nachprüfung seitens der deutschen Gerichte zu unterziehen seien. Diese Geltung ist sogar auch der Auslegung des Testamentes der N. v. H. und den einschlägigen thatsächlichen Feststellungen „der russischen Urteile" zuerkannt. Hierin ist nicht eine Anwendung irrevisiblen russischen Rechtes zu erblicken; vielmehr beruht die Ansicht der Vorinstanz auf einer Verkennung der Tragweite der deutsch-russischen Konvention sowie der rechtlichen Konsequenzen aus den Bestimmungen der §§. 660 und 661 C.P.O., und auf dieser Verletzung revisibler Rechtsnormen beruht die angefochtene Entscheidung.

In der Sache selbst nach §. 526 C.P.O. unter Anwendung des russischen Rechtes die Entscheidung der Vorinstanz aufrechtzuhalten, ist das Reichsgericht durch den Mangel selbständiger thatsächlicher Feststellung eines Teiles der faktischen Grundlagen des Klaganspruches, insbesondere hinsichtlich der Zugehörigkeit der einzelnen Vermögensgegenstände zum Nachlasse des J. D. v. H., eventuell der bestrittenen Auslegung des Testamentes des N. v. H., behindert.

Es mußte daher die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückverwiesen werden."...

---

25. Inwieweit ist der von der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft gefaßte Beschluß über die Amortisation von Aktien zu detaillieren?

Art. 248 Satz 2 H.G.B. (in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884).

III. Civilsenat. Urt. v. 19. September 1890 i. S. des Vorstandes und Aufsichtsrates der Aktienzuckerfabrik H. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. III. 105/90.

I. Landgericht Holzminden.
II. Oberlandesgericht Braunschweig.

Aus den Gründen:

... „Unbestritten handelt es sich bei dem Beschlusse der Generalversammlung vom 14. Juli 1889 um eine Amortisation von Aktien, welche nicht aus dem nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Gewinne erfolgen soll, auch durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag nicht zugelassen ist. Nach Art. 215d H.G.B. ist daher die Amortisation der Aktien, wie sie hier geplant worden ist, nur zulässig, sofern sie unter Beobachtung der für die Zurückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitales maßgebenden Vorschriften, also insbesondere unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 248 H.G.B., erfolgt. Nach Art. 248 kann eine teilweise Zurückzahlung oder eine Herabsetzung des Grundkapitales nur auf Beschluß der Generalversammlung und nur unter Beobachtung der Bestimmungen in den Artt. 243. 245 H.G.B. erfolgen. Sodann wird weiter bestimmt:

„Der Beschluß hat zugleich die Art, in welcher die Zurückzahlung oder Herabsetzung erfolgen soll, und die zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßregeln festzusetzen."

Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Beschluß der Generalversammlung vom 14. Juli 1889 gegen die vorstehend wiedergegebene Bestimmung des Handelsgesetzbuches verstößt. Dieser Beschluß ging dahin: eine Anleihe von 175 000 ℳ unter Verpfändung des Grundbesitzes der Gesellschaft aufzunehmen, den Betrag der Direktion zur Verfügung zu stellen, um damit unter Zustimmung des Aufsichtsrates Stammprioritätsaktien der Gesellschaft zurückzuzahlen.

Da dieser Beschluß nach Artt. 215d. 248 H.G.B. in das Handelsregister eingetragen werden soll, so ergiebt sich unmittelbar, daß bei der Frage, ob ein Beschluß des vorstehenden Inhaltes den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches entspricht, lediglich der Beschluß, wie er vorliegt und von Dritten verstanden werden muß, ins Auge gefaßt werden darf, und daß insbesondere Äußerungen, welche innerhalb der Generalversammlung über die Tragweite dieses Beschlusses gefallen sein mögen, für die Beurteilung außer Betracht bleiben müssen. Es ist daher auch kein Gewicht darauf zu legen, daß die Parteien nach dem Thatbestande des ersten Urteiles darüber einverstanden sind, es sei die Rückzahlung in der Weise beabsichtigt, daß nicht etwa die Stammprioritätsaktien ihrem Nominalbetrage nach zur Rückzahlung gelangen sollen, sondern daß die Direktion mit den einzelnen Be-

sitzern jener Aktien über einen zurückzuzahlenden Prozentsatz unter Verzicht auf den Rest in Unterhandlung treten, daß jedoch kein Stammprioritätsaktionär verpflichtet sein solle, auf eine derartige teilweise Rückzahlung einzugehen, daß es vielmehr einem jeden freistehen solle, in dem bisherigen Verhältnisse zu bleiben.

Legt man aber den Beschluß, wie er vorliegt, der Beurteilung zu Grunde, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß derselbe im Widerspruche mit der oben angezogenen Bestimmung des Art. 248 H.G.B. steht. Die Kautelen, welche der Art. 248 des Gesetzes vom 18. Juli 1884 im Vergleiche zur Novelle vom 11. Juni 1870 neu aufstellt, sind nicht nur im Interesse der Gläubiger der Aktiengesellschaften, sondern auch zur Verhütung von Mißbräuchen im Inneren derselben getroffen. Deshalb ist die maßgebende Entscheidung in die Hand der Dreiviertelmajorität der Generalversammlung gelegt. Nach dem Wortlaute und Zwecke dieser gesetzlichen Bestimmung ist die Generalversammlung nicht befugt, ihre Rechte auf andere, insbesondere auf den Vorstand oder den Aufsichtsrat zu delegieren, wie dies auch in den Motiven zu der neuen Fassung des Art. 248 ausdrücklich hervorgehoben ist.

Vgl. Drucks. des Reichstages Session 1884 Nr. 21.

Die Generalversammlung hat daher auch die Art der Verminderung — Zusammenlegung von Aktien, Abstempelung auf einen geringeren Betrag mit oder ohne Barzahlung, Rückkauf ꝛc — und die zur Durchführung erforderlichen Maßregeln, z. B. Ankauf im Markte, Minuslizitation, Bestimmung des zu bewilligenden Maximalpreises ꝛc zu beschließen. Von alledem enthält der vorliegende Beschluß nichts; er enthält nur die Bestimmung, daß die 175 000 ℳ der Direktion zur Verfügung gestellt werden, um damit unter Zustimmung des Aufsichtsrates Stammprioritätsaktien zurückzuzahlen. Hiernach ist, abgesehen von der Höhe der zu verwendenden Summe alles dem Ermessen des Vorstandes und des Aufsichtsrates überlassen. Dies entspricht nach dem Vorstehenden nicht der Vorschrift des Art. 248 H.G.B." ...

II. Gemeines Recht.

26. 1. Findet an einer immerwährenden Rente als Gegenstand eines Familienfideikommisses ein Rechtsbesitz statt?

2. Übertragung der Fideikommißeigenschaft linksrheinischer Besitzungen ehemaliger deutscher Reichsfürsten auf die durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 ermittelten Entschädigungsobjekte gemäß §. 45 dieses Rezesses.

3. In welchem Umfange hat die deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 Art. 14 lit. c Ziff. 2 die während der Rheinbundszeit durch landesherrliche Verordnungen aufgehobenen Familienfideikommisse der mediatisierten Reichsstände wiederhergestellt? Bedeutung der Vorschrift, daß die Familienverträge der Standesherren bei den Souveränen zur Vorlage zu bringen seien?

4. Kollision der Gesetze bei der Beurteilung eines standesherrlichen Geldfideikommisses. Vertragsmäßige Unterwerfung unter ein örtliches Recht.

5. Anfechtung konsentierter Veräußerungen von Familienfideikommissen durch den Erben des Veräußerers oder konsentierenden Agnaten nach gemeinem deutschen Privatrechte und gemeinem Privatfürstenrechte?

6. Wesen und Umfang des der standesherrlichen Familie zustehenden Autonomierechtes, insbesondere nach der rheinischen Bundesakte Art. 27 und der deutschen Bundesakte Art. 14? Zulässigkeit von Änderungen fideikommissarischer Anordnungen durch Konsens aller Agnaten nach gemeinem deutschen und partikulären Privatfürstenrechte?

III. Civilsenat. Urt. v. 4. Februar 1890 i. S. des Grafen W. v. N.-L.-W. (Kl.) w. den Grafen Fr. W. zu A.-L.-W. (Bekl.) Rep. III. 105/89.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien streiten um das Recht zum Bezuge einer immerwährenden Rente von 6000 Gulden, welche im Reichsdeputationshauptschlusse vom 25. Februar 1803 §. 20 dem gräflichen Hause Leiningen-Westerburg jüngere Linie zur Entschädigung für dessen Verluste auf dem linken Rheinufer infolge des Lüneviller Friedens vom 9. Februar 1801 ausgeworfen und auf den in §. 39 des Reichsdeputationshauptschlusses erwähnten Rheinschifffahrtsoctroi angewiesen worden war. Die Sache war schon einmal bei dem Reichsgerichte anhängig, und zwar handelte es sich bei dem unterm 30. Dezember 1887 erlassenen Urteile dritter Instanz um die Frage, ob die unter den Parteien getroffene Vereinbarung, den Rechtsstreit vor den Großherzogl. hessischen Gerichten entscheiden zu lassen, mit Rücksicht auf die rechtliche Natur des Streitgegenstandes zulässig gewesen sei. Das Reichsgericht nahm dies in Übereinstimmung mit dem Landgerichte an und wies die Sache in die Instanz zurück.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 Nr. 86 S. 409.

Den Rechtsstreit hat, nachdem der ursprüngliche Kläger am 29. April 1887 verstorben ist, dessen Sohn, Graf Karl August zu München, laut mündlicher Verhandlung vom 16. Oktober 1888 unter der Erklärung aufgenommen, daß er nicht Erbe seines Vaters geworden sei.

Die Reichsgräfliche Familie von Leiningen-Westerburg, die unbestritten zur Reichszeit im Besitze der Landeshoheit und der Reichsstandschaft sich befand, besaß auf der linken Rheinseite die Stadt Grünstadt nebst dazu gehörigem Gebiete, auf dem rechten Rheinufer die Grafschaft Westerburg nebst Schadeck. In der Mitte des 17. Jahrhunderts spaltete sich dieses Haus in zwei Linien, — Alt-Leiningen-Westerburg, deren Gründer Graf Christoph Christian (1656—1728) war, und Neu-Leiningen-Westerburg, als deren Gründer dessen Bruder Graf Georg II. (1666—1726) erscheint. Letzterer kam in den Besitz von Westerburg-Schadeck. Dessen Linie trennte sich unter den Söhnen des Stifters in den nassauischen Zweig durch Graf G. Karl Ludwig (1717—1787) und den bayerischen Zweig durch Georg Ludwig 1718—1765). Der ältere Zweig blieb im Besitze der genannten Herrschaft. Von dem kinderlos verstorbenen Enkel des Stifters jenes Zweiges vererbte sich das Familieneigentum auf seinen Brudersohn, den Grafen Christian Franz (1849—1856), und von diesem auf dessen

Schwester Gräfin Seraphine, die im Jahre 1874 unvermählt als letzte Descendentin des Grafen G. Karl Ludwig starb.

Auf Grund eines von dem Grafen August zu Neu-Leiningen-Westerburg (1770—1849) am 1. Mai 1819 zu Prag errichteten, von dem Herzoge von Nassau als Landesherrn bestätigten Familienstatutes fiel nunmehr die Grafschaft Westerburg nebst Zubehör an die gräfliche Linie Alt-Leiningen-Westerburg, mit Übergehung des blühenden bayerischen Zweiges der Linie Neu-Leiningen, und es wurde demzufolge der jetzige Beklagte, als Repräsentant der älteren Linie und Besitzer der Grafschaft Ilbenstadt, auf sein Ansuchen durch Immissionsdekret des preuß. Appellationsgerichtes zu Wiesbaden vom 30. Dezember 1874 in den Besitz der genannten Grafschaft eingewiesen. Zu dem solchergestalt überwiesenen Familieneigentume gehörte auch die streitige Octroirente.

Der Kläger, als Repräsentant des bayerischen Zweiges des Hauses Neu-Leiningen-Westerburg und Urenkel des Stifters dieser Linie, erhebt nun Ansprüche an das gesamte Neu-Leiningensche Familieneigentum und verfolgt im gegenwärtigen Prozesse sein besseres Recht an jener Rente. Zur Entschädigung für die durch den Lüneviller Frieden an Frankreich abgetretenen in der Rheinpfalz gelegenen Gebietsteile der beiden gräflichen Häuser Leiningen-Westerburg erhielten nämlich im Reichsdeputationshauptschlusse von 1803 §. 20:

1. die ältere Linie: die ehemals reichsunmittelbare Abtei Ilbenstadt in der Wetterau mit der Landeshoheit in ihrem geschlossenen Umfange und eine immerwährende Rente von 3000 Gulden auf den Rheinschifffahrtsoktroi;
2. die jüngere Linie: die Abtei Engelthal in der Wetterau und eine immerwährende Rente von 6000 Gulden auf den erwähnten Oktroi.

Zwar waren, was diesen Oktroi angeht, in §. 39 des Reichsdeputationshauptschlusses die bis dahin bestandenen Rheinzölle abgeschafft, jedoch unter einer anderen Form, dem Schifffahrtsoktroi, wiederhergestellt und auf die Erträgnisse dieser Abgabe sämtliche im Reichsdeputationshauptschlusse ausgeworfenen Entschädigungsrenten angewiesen worden. Schuldner der letzteren war das Deutsche Reich, welchem gemeinschaftlich mit Frankreich, das durch den Frieden zu Lüneville in den Besitz des linken Rheinufers gekommen war, die

Erhebung des Oktrois überlassen wurde. Das Reich übertrug seine Rechte am Oktroi an den Kurfürsten-Erzkanzler, den späteren Fürsten Primas, damit dieser mit Frankreich die erforderlichen Anordnungen zur Erhebung und Verteilung des Oktrois treffe. Diese Übereinkunft mit Frankreich kam in einem Octroireglement vom 15. August 1804 zustande, inhaltlich dessen die Generalverwaltung in Mainz ihren Sitz und die eine Hälfte der Schifffahrtsabgabe an den Erzkanzler als Vertreter des Deutschen Reiches abzuliefern hatte. Die Rheinbundsakte von 1806 änderte an diesem Verhältnisse nichts, hielt vielmehr in Art. 2 die Verfügungen des §. 29 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 in betreff des Rheinschifffahrtsoktrois nach Form und Inhalt aufrecht. Unterm 19. Februar 1810 schloß jedoch der Fürst Primas des Rheinbundes mit Kaiser Napoleon einen Vertrag ab, inhaltlich dessen er auf seine Rechte an dem Rheinoktroi zu Gunsten Frankreichs entsagte und sich zugleich verpflichtete, in Gemäßheit des mehrerwähnten Reichsschlusses die Entschädigungsrenten an die Berechtigten zu bezahlen. Hierfür wurden die von Napoleon an den Fürsten Primas abgetretenen Domänen zu Fulda und Hanau als Spezialhypothek bestellt und die Renten selber auf die Staatskassen zu Fulda und Hanau, Landesteile, die zu dem damals neu errichteten Großherzogtume Frankfurt geschlagen worden waren, angewiesen. Der Fürst Primas, jetzt Großherzog von Frankfurt, erließ am 1. Dezember 1810 eine Erklärung, worin er über den Rheinoktroi Rechnung legte und versprach, die auf den Rheinoktroi gelegten Renten im Gesamtbetrage von jährlich 90 000 Gulden, soweit solche rückständig seien, aus eigenen Revenüen zu ersetzen.

Der Pariser Friede von 1814 und der Wiener Kongreß von 1815 stellten unter stillschweigender Aufhebung des Vertrages von 1810 das frühere Rechtsverhältnis in Ansehung des Rheinoktrois und des Rentenbezuges wieder her. Insbesondere setzten die Wiener Kongreßartikel über die Rheinschifffahrt vom 24. März 1815 in Art. 28 fest, daß die im Reichsdeputationshauptschlusse von 1803 angewiesenen Renten fernerhin fortbestehen sollten, und deren Zahlung den Deutschen (Rhein-) Uferherrschaften obliege. Demnächst hat auch der Deutsche Bund in Art. 15 der Bundesakte vom 8. Juni 1815 die Fortdauer der Renten garantiert. Zur Entscheidung über verschiedene Streitpunkte war in den Wiener Kongreßartikeln eine schieds-

richterliche Spruchkommission zu Wien niedergesetzt worden. Diese erkannte durch Rechtsspruch vom 26. März 1816 die fortdauernde Gültigkeit einzelner Jahresrenten, insbesondere der hier streitigen 6000 Gulden, sowohl grundsätzlich, als in betreff der Rückstände an und verteilte solche auf die einzelnen Uferstaaten nach Verhältnis ihres Territorialbesitzes am rechten und am linken Rheinufer.

In den Jahren 1877 und 1878 hat nun der jetzige Kläger bei den beteiligten Regierungen gegen die Auszahlung der Rentenbeträge an den Beklagten Protest erhoben und dadurch eine teilweise einstweilige Einstellung der Zahlungen hervorgerufen.

Die Klage auf Anerkennung der ausschließlichen Berechtigung des Klägers zum Bezuge der streitigen Rente stützt sich auf folgende Behauptungen:

Als Surrogat für die durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 verlorenen linksrheinischen Besitzungen des gräflichen Hauses Neu-Leiningen-Westerburg werde die Rente nach den im Hause Leiningen-Westerburg jüngere Linie zur Zeit des Verlustes der Grafschaft geltenden Familiensuccessionsrechten, eventuell nach dem dort damals geltenden gemeinen Deutschen Privatrechte vererbt. Demnach sei derjenige bezugsberechtigt, welcher regierender Graf von Leiningen-Westerburg jüngere Linie in seinem Anteile an der Grafschaft Leiningen sein würde, wenn dieser Anteil nicht im Jahre 1801 an Frankreich verloren gegangen wäre. Durch verschiedene Hausverträge, insbesondere die Grünstädter Verträge vom 20. Juni und 2. Dezember 1757 seien nun die Besitzungen jener Linie Familienfideikommiß geworden und nach den Grundsätzen der Primogenitur mit Ausschluß der Weiber vererblich gewesen. Gemäß dieser — übrigens auch auf Familienobservanz beruhende — Erbfolge sei der Kläger der einzig Berechtigte zum Rentenbezuge, wie aus dem vorgelegten Stammbaume erhelle. Da der Beklagte sich weigere, dies anzuerkennen, so werde, unter Vorbehalt der Rückforderung der bisher mit Unrecht bezogenen Renten, auf Anerkennung der klägerischen Berechtigung Klage erhoben.

Beklagter stellte das vom Kläger behauptete Bezugsrecht in Abrede und machte seinerseits geltend, daß er infolge des gültig errichteten und landesherrlich bestätigten Familienstatutes des Grafen August von Neu-Leiningen-Westerburg vom 1. Mai 1819 in den Besitz des

in Nassau belegenen Familieneigentumes einschließlich der Rente gelangt sei. Im übrigen brachte er, soweit dies für die Revision in Betracht kommt, einredeweise vor, daß

1. „die von dem Kläger angerufenen Hausverträge schon durch die französische Gesetzgebung über die Abschaffung der Fideikommisse mit dem Jahre 1798, jedenfalls aber durch die Einführung des Code Napoléon im Großherzogtume Berg vom 1. Januar 1810 ab ihre Geltung verloren hätten;

2. das jenseits angesprochene Successionsrecht auch vertragsmäßig durch die Rechtsvorgänger der streitenden Teile rechtsgültig aufgehoben worden, und der Kläger, Graf Wilhelm, da er seinen Vater, den Grafen Karl von Neu-Leiningen-Westerburg, beerbt habe, an die von diesem anerkannten Dispositionen des Grafen August gebunden sei."

Kläger hat die Einreden des Beklagten teils nach ihrer thatsächlichen Begründung, teils nach ihrer rechtlichen Erheblichkeit bestritten und eine Reihe von Repliken vorgebracht.

Durch die Rheinbundsakte von 1806 Art. 24 ist die Grafschaft Westerburg-Schadeck der Landeshoheit des Großherzogs von Berg und die Herrschaft Ilbenstadt derjenigen des Großherzogs von Hessen unterworfen worden. Erstere wurde nach Beendigung der Fremdherrschaft dem Herzogtume Nassau einverleibt und ist mit diesem im Jahre 1866 an Preußen übergegangen. —

Die Vorderrichter haben, wenn auch teilweise aus verschiedenen Gründen, auf Abweisung der erhobenen Klage erkannt.

In der von dem Kläger beschrittenen Revisionsinstanz verhandelten die Parteien zunächst über die Statthaftigkeit der Aufnahme des gegenwärtigen Rechtsstreites durch den Grafen Karl als Singularsuccessor seines Vaters, des ursprünglichen Klägers. Der Revisionskläger machte in dieser Beziehung geltend:

„Nachdem Graf Wilhelm im April 1887 verstorben sei, habe der damals schon in zweiter Instanz anhängige Rechtsstreit ohne Aussetzung des Verfahrens seinen Fortgang genommen und sei unterm 16. Oktober 1888 auf Grund einer von dem Grafen Karl August in seiner Eigenschaft als Fideikommißnachfolger ausgestellten Vollmacht von diesem aufgenommen worden. Allerdings sei Graf Karl nicht Allodialerbe seines Vaters geworden, da er dessen Erbschaft

nicht angetreten habe, was nach bayerischem Landrechte Tl. III cap. 1 §§. 8 flg. auch von seiten solcher Personen geschehen müsse, welche nach gemeinem Rechte schon infolge Anfalles der Erbschaft Erben würden; dieser Umstand erscheine aber als unerheblich, da nach den in den §§. 217. 223 C.P.O. ausgesprochenen Grundsätzen auch ein Singularsuccessor den Prozeß aufzunehmen befugt sei."

Der Revisionsbeklagte erachtete die Aufnahme des Rechtsstreites durch den Grafen Karl nur unter der Voraussetzung für zulässig, daß dieser Allodialerbe seines verstorbenen Vaters geworden sei, zumal die Reassumtion durch den bloßen angeblichen Fideikommißnachfolger in unzulässiger Weise einen neuen Streitpunkt in die Verhandlung bringe.

In der Sache selbst beantragte der Kläger Erlaß eines der Klagebitte entsprechenden Erkenntnisses.

Das Reichsgericht verwarf die Revision.

Aus den Gründen:

„Die Aufnahme des Rechtsstreites durch den Grafen Karl von Neu-Leiningen-Westerburg als angeblichen Fideikommißnachfolger unterliegt nach §. 217 C.P.O. keinem Bedenken. Unter „Rechtsnachfolger" versteht das Gesetz hier nicht bloß Universalsuccessoren, sondern auch solche Singularsuccessoren, welche von Todes wegen in das Recht und die Pflicht des Vorgängers eintreten. Eine Beschränkung auf gewisse Arten der Sonderrechtsnachfolge, insbesondere ein Ausschluß der Fideikommißfolge ist nicht gerechtfertigt. Die Nachfolge in deutschrechtliche Familienfideikommisse begründet weder eine Singular- noch eine Universalsuccession im römischrechtlichen Sinne, sondern eine eigentümlich geartete Nachfolge in einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten; sie ist, wie bereits in dem früheren Urteile vom 30. Dezember 1887 entwickelt wurde, in gewisser Hinsicht eine Universalnachfolge, sobald nämlich ein ganzes Vermögen, und in gewisser Hinsicht eine Sondernachfolge, wenn ein einzelnes Vermögensstück den Gegenstand des Fideikommisses und damit der Succession bildet. Gleichwie der Ausdruck „Rechtsnachfolger" in §. 217 a. a. O. die Succession nicht bloß in das Recht, sondern auch in die Verpflichtung umfaßt und weiter nicht allein die Succession im eigentlichen Sinne, sondern zugleich die sog. konstitutive Nachfolge in sich begreift,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 368,

wird man darunter in ähnlicher Weise sowohl die unmittelbare, wie die mittelbare Succession in das streitige Rechtsverhältnis verstehen müssen. Der Fideikommißsuccessor tritt zwar vermöge der Anordnung und Fürsorge des Stifters (ex pacto et providentia majorum) in das Familienfideikommiß ein; allein er erhält dasselbe aus der Hand des letzten Besitzers und so wie es dieser besessen hat. Erst das Ableben des Vorbesitzers überträgt das Fideikommißgut auf den nächsten Anwärter, und dessen Eintritt in das vom Stifter begründete Rechtsverhältnis vollzieht sich durch Vermittelung aller dazwischen stehenden Personen. In diesem Sinne muß notwendig eine Rechtsnachfolge in das Fideikommiß auch im Verhältnisse zwischen Vorbesitzer und Anwärter angenommen werden, wenn man nicht in unzulässiger und ungerechtfertigter Weise aus dem künstlichen Begriffe einer successio ex pacto et providentia majorum die äußersten Konsequenzen ziehen will. Es läßt sich auch nicht einwenden, daß dies alles nur im Verhältnisse des Fideikommißbesitzers zu dritten Personen gelte, wenn es sich um Lasten, die auf dem Fideikommißgute ruhen, oder um Rechte, die damit verknüpft seien, handle, weil in diesen Fällen der Regel nach aus dem Prozesse des ersteren für und gegen den Fideikommißnachfolger Rechtskraft erwachse. Allerdings steht die Statthaftigkeit der Aufnahme eines Rechtsstreites durch den Fideikommißnachfolger, wie die durch einen Successor überhaupt, in engem Zusammenhange mit der Frage der Rechtskraft des ergehenden Urteiles für und gegen den Reassumenten; nur wenn der Fideikommißbesitzer Träger des Rechtsverhältnisses und damit der Prozeßobligation ist, in welche der Anwärter eintreten will, ist die Übernahme des Prozesses durch letzteren möglich. Die Entscheidung dieser Frage hängt aber gerade von dem Inhalte des zwischen den ursprünglichen Prozeßparteien geführten Rechtsstreites ab. Verfolgt, wie im vorliegenden Falle, der Fideikommißanwärter einen Anspruch an das Fideikommißobjekt, der nicht gänzlich unabhängig von der Person und dem Rechte des unmittelbaren Vorgängers und Nachfolgers im Fideikommisse besteht und bestehen kann, so bindet das gegen den ersteren erlassene Urteil auch den Reassumenten. Wird entschieden, daß zwar an sich ein fideikommissarischer Anspruch des früheren Klägers an die streitige Oktroirente bestanden habe, das ursprüngliche Familienfideikommiß aber durch den Grafen August zu Neu-

Leiningen-Westerburg mit Einwilligung sämtlicher Agnaten rechtsgültig habe aufgehoben oder abgeändert werden können, so wirkt das ergangene Urteil für alle Zeit gegen alle Anwärter aus dem bayerischen Zweige der Neu-Leiningen-Westerburgischen Linie. Anders, sobald die Klage nur aus einem der Person des früheren Klägers entnommenen Grunde, also mit Rücksicht auf den persönlichen Verzicht desselben oder seines Erblassers abgewiesen wird; in diesem Falle schließt die Rechtskraft des ergehenden Urteiles die spätere Klage des Fideikommißnachfolgers nicht aus. Alles dies soll und kann doch nur im Prozesse selber zum Austrage kommen, der nach erfolgter freiwilliger Aufnahme durch den Grafen Karl seinen Fortgang genommen hat.[1]

In der Sache selbst ist die Revision, wenn auch zum Teil aus anderen, als den vom Berufungsrichter angeführten Gründen, zurückzuweisen.

1. Mit Recht hat das Oberlandesgericht im Anschlusse an das frühere Reichsgerichtserkenntnis angenommen, daß die erhobene Klage als fideikommissarische Revokatorienklage im Gewande einer Feststellungsklage erscheine. Daß dieselbe nicht sowohl gegen einen Dritten, als vielmehr gegen einen eventuell successionsberechtigten Agnaten angestellt worden ist, ändert an der Natur des Klaganspruches nichts, und ebenso ist es unerheblich, daß der Streit sich lediglich um das bessere Recht auf den Bezug der streitigen Rente dreht. Denn der Nachweis, daß er im Verhältnisse zu dem Beklagten der Besserberechtigte sei, gehört zur Aktivlegitimation des Klägers zur Sache. Es genügt mithin nicht, wenn derselbe nur darthut, daß der Gegner nicht bezugsberechtigt sei. Dies folgt teils aus allgemeinen Grundsätzen, teils aus dem Umstande, daß sich der Beklagte im Quasibesitze der Rente befindet, einem Besitze, der auch nicht durch die Protesterhebung des Klägers gegen die Auszahlung der

[1] Vgl. hierzu: Wilmowski-Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung Anm. zu §. 217. Dagegen: Gaupp, Kommentar zur Civilprozeßordnung; Schollmeyer, Zwischenstreit S. 104. Vom Standpunkte des früheren Prozeßrechtes: Seuffert, Handbuch des Civilprozesses Bd. 3 S. 476; Arnold, Praktische Erörterungen S. 319. — Obertribunal Berlin (1843) bei Sommer im Arnsberger Archiv Bd. 12 S. 589 und Oberappellationsgericht Celle (1853) im Magazin für hannoversches Recht Bd. 4, Beilageheste S. 32—37. Vgl. auch Walter, Deutsches Privatrecht §. 471 V.; Lewis, Familienfideikommisse S. 215 flg. D. E.

Rente bei den zahlungspflichtigen Rheinuferstaaten und die daraufhin erfolgten vorläufigen Einstellungen der Leistungen aufgehoben worden ist.

Grundlos ist die Behauptung des Revisionsklägers, daß ein derartiger Rechtsbesitz nur bei Renten, die auf Grund und Boden radiziert seien, zugelassen werde; er ist auch bei wiederkehrenden Rentenbezügen ohne reale Unterlage anzuerkennen, sobald solche, wie im vorliegenden Falle, die Merkmale der Dauer an sich tragen und mögliche Gegenstände eines Fideikommisses sein können. Wollte man aber Bedenken tragen, für die Zeit nach Aufhebung des Rheinoktrois, auf welche die streitige Rente durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 gelegt war, also seit den Friedensverträgen Preußens mit den übrigen Rheinuferstaaten in den Jahren 1866 und 1867 und der Rheinschifffahrtsakte vom 17. Oktober 1868, die Statthaftigkeit eines Quasibesitzes anzunehmen, so würde in Betracht zu ziehen sein, daß das Rentenbezugsrecht durch das Familienstatut vom 1. Mai 1819 nach dem Willen aller Beteiligten mit dem aus der Grafschaft Westerburg nebst Schadeck bestehenden Familienfideikommisse in Verbindung gesetzt worden ist, mit diesem von dem Beklagten erworben wurde und besessen wird.

2. Der zweite Revisionsangriff richtet sich gegen die Auslegung, welche der Vorderrichter dem §. 45 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 gegeben hat. Die erhobene Klage stützt sich vorzugsweise auf den sog. Grünstädter Vertrag vom 2. Dezember 1757. Es wird behauptet, daß dieses Hausgesetz die schon vorher bestandene Unveräußerlichkeit und Unteilbarkeit der zur Grafschaft Leiningen und den Herrschaften Westerburg und Schadeck gehörigen Stammgüter bestätigt und Individualsuccession mit Primogeniturordnung eingeführt habe, die hierdurch begründete Fideikommißeigenschaft des Leiningenschen Familienvermögens aber durch den §. 45 a. a. O. auf die dem gräflichen Hause Leiningen-Westerburg jüngere Linie in §. 20 das. für ihre Verluste auf dem linken Rheinufer überwiesenen Entschädigungsobjekte übertragen worden sei. Daß die linksrheinischen Besitzungen des gräflichen Hauses Leiningen-Westerburg mit einem fideikommissarischen Verbande belastet waren, ist nicht bestritten, wohl aber, daß eine Übertragung dieses Verbandes auf die dafür eingetauschten Surrogate stattgefunden habe. Letzteres ist eine Voraussetzung

des Klagerechtes. Fällt dieselbe hinweg, so war die streitige Rente, da weder eine Erstreckung der älteren Leiningenschen Hausgesetze auf neue Erwerbungen behauptet, noch die Inkorporation der Entschädigungsobjekte in das rechtsrheinische Leiningen-Westerburgische Familienfideikommiß festgestellt werden konnte, freies Eigentum in der Hand des ersten Inhabers und ging als solches auf dessen Rechtsnachfolger über.

Denn davon kann keine Rede sein, daß die Rente durch Art. 14 lit. c Ziff. 2 der deutschen Bundesakte von 1815 selbst dann die Eigenschaft eines Fideikommisses erlangt habe, wenn der §. 45 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 die Übertragung nicht angeordnet hätte. Jenes Bundesgesetz hält „nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung" die noch bestehenden Familienverträge aufrecht, sichert den Mediatisierten die Befugnis zu, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, und bestimmt, daß „alle bisher dagegen erlassenen Verordnungen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar sein sollen". Die Streitfrage, welche sich an den letzten Satz anschließt, und in einzelnen Landesgesetzen ihre Lösung gefunden hat, bezieht sich nur darauf, ob — nach dem Wortlaute des Art. 14 a. a. O. — ausschließlich die während der Rheinbundszeit aufgehobene Autonomie der mediatisierten Familien oder — nach dem Geiste des Gesetzes — auch die während dieser Zeit außer Kraft gesetzten Hausverträge ꝛc wiederhergestellt worden seien. Zweifellos hat aber die deutsche Bundesakte nicht solche Hausgesetze wieder ins Leben gerufen und rufen wollen, welche schon nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung nicht mehr bestanden, als die ehemaligen Reichsstände das Schicksal der Mediatisierung durch die rheinische Bundesakte traf, wie sie denn auch diejenigen Familienfideikommisse nicht in den vorigen Stand setzte, welche in den durch den Lüneviller Frieden von 1801 an Frankreich abgetretenen, in den Jahren 1814 und 1815 von Deutschland zurückerworbenen linksrheinischen Gebietsteilen infolge der französischen Gesetzgebung untergegangen waren.

Der Berufungsrichter nimmt nun ohne Verletzung revisibler Rechtsnormen an, daß die französische Republik, nachdem sie im Revolutionskriege der neunziger Jahre des vorigen Jahrhundertes von dem linken Rheinufer provisorisch Besitz ergriffen und die Absicht,

diesen Besitzstand bei dem demnächstigen Friedensschlusse mit dem Deutschen Reiche zu behaupten, sowohl überhaupt als durch Separatfriedensschluß mit einzelnen deutschen Mächten zum Ausdrucke gebracht hatte, nach völkerrechtlichen Grundsätzen befugt gewesen sei, in die Civilgesetzgebung der okkupierten Länder einzugreifen und durch Ausübung der gesetzgebenden Gewalt verpflichtende Normen für die Einwohner dieser Gebiete zu erlassen, sowie, daß durch die Einführung des für Frankreich ergangenen Dekretes vom 25. Oktober 1792 in das Departement Donnersberg seit 1798 die dort bestandenen deutschrechtlichen Familienfideikommiß- und Stammgüter, darunter auch die gräflich Leiningenschen, aufgehoben worden seien. Rechtsirrtümlich aber ist es, wenn der Vorderrichter hieraus die Folgerung ableitet, daß eine Übertragung der Fideikommißeigenschaft der an Frankreich abgetretenen Gebietsteile auf die den erblichen deutschen Reichsfürsten in §. 45 des Reichsdeputationshauptschlusses zugesicherten und zugeteilten Entschädigungsobjekte rechtlich nicht möglich gewesen sei und thatsächlich nicht stattgefunden habe. Jenes Reichsgesetz sieht es als etwas sich von selbst Verstehendes an: „daß Familiensuccessionsrechte von jenseitsrheinischen und ausgetauschten Besitzungen auf die Entschädigungs- und eingetauschten Objekte als Surrogate übergehen," nachdem es unmittelbar vorher durch die getroffenen Verfügungen alle Ansprüche auf die durch den Frieden von Lüneville an die französische Republik abgetretenen Länder für vernichtet erklärt hatte. Damit ist der allgemeine staatsrechtliche Grundsatz zur Anerkennung gelangt, daß agnatische Rechte an landesherrlichen Besitzungen bei Veräußerung der letzteren regelmäßig von selbst auf die Surrogate, die Gegenleistung oder die dafür eingetauschten Objekte übertragen werden. Gegen die Anwendung dieses Satzes auf den vorliegenden Fall kann nicht geltend gemacht werden, daß die Fideikommißeigenschaft der linksrheinischen Besitzungen des gräflichen Hauses Leiningen bereits vor Erlaß des Reichsdeputationshauptschlusses durch die französische Gesetzgebung aufgehoben worden und nicht mehr bestehende Successionsrechte keiner Übertragung fähig seien. Denn die endgültige Vernichtung der Ansprüche des Deutschen Reiches und der durch dieses vertretenen Erbfürsten erfolgte erst durch den Frieden zu Lüneville vom 9. Februar 1801, und in diesem ist durch Art. VII den Erbfürsten eine noch zu ermittelnde Entschädigung auf dem rechten Rheinufer ausdrücklich in

Aussicht gestellt worden. Wenn daher diese Schadloshaltung im Reichsdeputationshauptschlusse ausgemittelt und dabei festgesetzt wurde, daß Familiensuccessionsrechte von ausgetauschten Besitzungen auf die Surrogate übergehen sollten, so ergiebt sich daraus notwendig, daß, wenn und soweit die eventuellen Ansprüche von Agnaten überhaupt unter §. 45 a. a. O. begriffen sind, die Übertragung dieser Ansprüche auf die Entschädigungsobjekte rechtlich zulässig und selbstverständlich war. Aber auch die Beschränkung des §. 45 auf die verlorene Landeshoheit der Erbfürsten ist nicht gerechtfertigt, wie aus dessen Entstehungsgeschichte klar hervorgeht. Nach den von den vertragschließenden Teilen aufgestellten Grundsätzen wurde den depossedierten Reichsfürsten eine nach dem Ertrage ihrer linksrheinischen Besitzungen bemessene Entschädigung gewährt, welche entweder in Land und Leuten, oder nur in Ländereien oder in Land und Leuten zugleich mit einer Rentenanweisung oder endlich nur in letzterer bestand. Man hatte eben den ursprünglichen Plan, die Erbfürsten durch Säkularisierung der geistlichen Territorien allein schadlos zu halten, wegen der damit verbundenen Schwierigkeit in der Ausgleichung aufgegeben und stellte durch Schaffung einer Abgabe von der Rheinschifffahrt — eines Rheinzolles unter anderem Namen — die Grundlage für eine Geldentschädigung her. Der Maßstab der Entschädigung aber entsprach den Anschauungen jener Zeit, in welcher das fiskalische Interesse, der kleineren Erbfürsten wenigstens, das politische überwog. Bei den Verhandlungen der außerordentlichen Reichsdeputation kam es nun zur Sprache, wie es mit den realen Ansprüchen zu halten sei, welche dritten Personen aus bestehenden Familienverträgen eventuell in Ansehung der an Frankreich überlassenen Besitzungen zuständig gewesen seien. Daß diese Ansprüche nicht ohne weiteres durch die Bestimmung des Friedenstraktates über die Verbindlichkeit zur Zahlung der vorhandenen Landes- und persönlichen Schulden der Erbfürsten betroffen wurden, war einleuchtend und wurde allseitig anerkannt. Es stellte deshalb der Delegierte von Hessen-Kassel schon in der 15. Sitzung den Antrag:

„daß die Rechte der Erbfolge, welche dem Fürstlichen Hause Hessen-Kassel in Ansehung der durch Abtretungs- und Tauschverträge anderen Reichsfürsten zufallenden Lande zuständen, auf das dafür acquirierte Surrogat transferirt und diese Übertragung zur Auf-

rechterhaltung gedachter Gerechtsame dem Reichsdeputationsrezesse ausdrücklich inseriert werde."

Veranlaßt war dieser Antrag dadurch, daß Hessen-Darmstadt sich zur Abtretung der auf dem linken Rheinufer belegenen Grafschaft Lichtenberg an Frankreich und verschiedener Ämter auf der rechten Rheinseite an andere Reichsfürsten verstehen mußte (vgl. §. 7 des Reichsdeputationshauptschlusses), und daß bezüglich aller dieser Besitzungen dem Hause Hessen-Kassel aus älteren Familienverträgen, insbesondere aus der Erbeinigung von 1567, eventuelle Successionsrechte zustanden. Nach weiteren Verhandlungen der Reichsdeputation wurde in der 28. Sitzung der einstimmige Beschluß gefaßt, in dem Rezesse auszudrücken:

„daß die auf den verlorenen und vertauschten Ländern bestandenen Successionsrechte auf die dagegen erhaltenen neuen Besitzungen übergehen sollten,"

und in der 44. Sitzung dementsprechend die jetzige Fassung des §. 45 a. a. O. festgestellt.

Vgl. Protokoll der a. o. Reichsdeputation zu Regensburg Bd. 1 S. 258. 481—485, Bd. 2 S. 560—562. 823.

Danach handelte es sich bei der in Rede stehenden Bestimmung des Reichsdeputationshauptschlusses um die Successionsrechte der Agnaten der erblichen Reichsstände, welche als eventuelle reale Ansprüche auf den abgetretenen Territorien lasteten, vorausgesetzt, daß diese Rechte auf Familienverträge, Hausgesetze oder ähnliche Rechtstitel sich gründeten, in diesem Falle aber ohne Unterschied, welcher Art das durch den Lüneviller Frieden an Frankreich abgetretene Besitztum und das dafür eingetauschte Surrogat war.

Nun sind die gräflichen Häuser Leiningen-Westerburg gerade für den Verlust ihrer linksrheinischen Besitzungen und der damit verbundenen Einkünfte — nicht aber etwa wegen bloßer Ansprüche (Anwartschaften u. dgl.), die ihnen selber an solchen Besitzungen zustanden, — entschädigt worden; sie haben nach §. 20 des Deputationsrezesses rechtsrheinische Landesteile und Rentenanweisungen auf den Rheinoktroi als Surrogat empfangen. Während dem Grafen von Neu-Leiningen-Westerburg die reichsunmittelbare Abtei Engelthal in der Wetterau und die hier streitige Rente von 6000 Gulden überwiesen wurde, erhielt der Graf von Alt-Leiningen-Westerburg „die Abtei und das Kloster

Ilbenstadt in der Wetterau mit der Landeshoheit in ihrem geschlossenen Umfange," sowie eine Rente von 3000 Gulden. Es ist also zu Gunsten der älteren Linie ein reichsunmittelbares Gebiet über einen bestimmt abgegrenzten Bezirk eines anderen Staatsgebietes durch den Reichsdeputationshauptschluß sogar neu geschaffen worden, da die Abtei Ilbenstadt bis dahin mit dem Dorfe gleichen Namens der Landeshoheit des Burggrafen von Friedberg i. d. W. unterworfen war. Weshalb auf diese Entschädigungslande die agnatischen Ansprüche an die linksrheinischen Besitzungen nicht übertragen worden sein sollten, ist ebensowenig erfindlich, wie ein zureichender Grund mangelt, die Rentenbezüge auszunehmen.

Daß die Grafen von Leiningen-Westerburg durch die Rheinbundsakte von 1806 mediatisiert worden sind, mithin eine staatsrechtliche Succession in deren Besitzungen jetzt nicht mehr stattfindet, vermag an der Auslegung und Anwendung des §. 45 des Reichsdeputationshauptschlusses nichts zu ändern. Es bewirkte dies nur, daß die Nachfolge in die Landeshoheit und in den mit dieser verbundenen Besitz an Domänen und Gefällen sich in eine Nachfolge in die Standesherrschaft und das damit im Zusammenhange stehende standesherrliche Patrimonial- und Privateigentum verwandelte.

Hiernach ist die Klage an sich begründet.

3. Das Berufungsgericht hat dieselbe ferner mit Rücksicht auf das Einredevorbringen des Beklagten abgewiesen. Es geht vor allem davon aus, daß die streitige Rente den Gesetzen der Standesherrschaft Westerburg-Schadeck unterworfen gewesen sei und durch die Einführung des Code Napoléon in dem vormaligen Großherzogtume Berg ihre Fideikommißeigenschaft verloren, solche auch durch Art. 14 der deutschen Bundesakte nicht wieder erlangt habe. Die Revision rügt Verletzung der Rechtsgrundsätze über die örtliche Kollision der Gesetze, des Art. 896 Code Napoléon und des Art. 14 der deutschen Bundesakte.

Das Reichsgericht, IV. Civilsenat, hat bereits durch Urteil vom 6. Mai 1889 ausgesprochen,

vgl. Rassow-Künzel, Beiträge zur Erläuterung ꝛc Bd. 33 S. 1017,

daß ein im Jahre 1757 zu Schwelm (im Regierungsbezirke Arnsberg) nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes errichtetes Familien-

fideikommiß durch die Einführung der französischen Gesetzgebung in das Großherzogtum Berg, welchem der fragliche Gebietsteil nach seiner Lostrennung von dem preußischen Staate zugeschlagen war, nicht aufgehoben worden sei. Ob dieser ohne Begründung gebliebenen Entscheidung beizutreten ist, kann dahingestellt bleiben.... Denn der Vorderrichter nimmt zutreffend an, daß das Klagerecht durch den Vergleich vom 10./30. November 1814 und das Familienstatut vom 1. Mai 1819 nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes und des Privatfürstenrechtes erloschen sei.

Mit Unrecht macht die Revision vorweg geltend, daß die Rechtsgeschäfte, welche Graf August von Neu-Leiningen-Westerburg in den Jahren 1814 bis 1823 mit den Agnaten seines Hauses geschlossen habe, sich nicht auf die streitige Fideikommißrente erstreckt hätten und daß, selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, dieselben doch nicht nach dem in Westerburg geltenden, durch die Nassau-Oranische Verordnung vom 20. Dezember 1813 wieder eingeführten, vaterländischen Rechte beurteilt werden dürften. Die Thatsache, daß die Rheinzollrente in jene Familienverträge einbezogen worden ist, wird von den Vorinstanzen als erwiesen erachtet. Einer besonderen Begründung bedurfte diese Feststellung nach den Umständen des Falles nicht. Unbestritten war Westerburg der Sitz der Regierung der Standesherrschaft Westerburg-Schadeck und zugleich der Sitz der Verwaltung der Oktroirente. Dort wurde schon, als Graf Ferdinand Karl, der erste Inhaber der Rente, am 7. Mai 1808 zu Gunsten seines Bruders, des Grafen August, der Regierung entsagte, durch Zusatzvertrag vom 15. Mai 1808 auch der Anspruch auf die Rheinzollrente übertragen; dorthin ist von den Rentenschuldnern Zahlung geleistet worden; in den Vertragsurkunden ist ohne Einschränkung von den Leiningen'schen „Familiengütern und Gerechtsamen", in dem Familienstatute von 1819 noch überdies von „Renten" die Rede; das Streitobjekt selbst ist mit der Herrschaft Westerburg-Schadeck auf die Rechtsnachfolger des Grafen August gemäß der von diesem getroffenen Dispositionen übergegangen. Von einer Inkorporation der ein Surrogat für die verlorene Grafschaft Leiningen-Grünstadt bildenden Fideikommißrente in das Westerburgische Stamm- und Fideikommißvermögen handelt es sich dabei nicht, sondern um die Verfügung über zwei selbständige Fideikommißobjekte in den nämlichen Rechtsakten. Es liegt mithin kein

Widerspruch in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteiles vor, wenn dort erwogen wird einerseits, daß die Rente weder Bestandteil, noch Zubehör des rechtsrheinischen Leiningen'schen Familienfideikommisses gewesen sei, und andererseits, daß die erwähnten Verträge in Bezug auf die Rente in Westerburg hätten in Wirksamkeit treten sollen.

Damit erledigt sich der Streit über die Kollision der Gesetze. Es ließe sich wohl die Ansicht verteidigen, daß die Frage der Rechtsbeständigkeit der streitigen Dispositionsakte über das Geldfideikommiß nach den Gesetzen des Ortes der geführten Verwaltung zu entscheiden sei; auf keinen Fall verletzt aber der Vorderrichter eine Rechtsnorm, wenn er den mutmaßlichen Willen der Kontrahenten über das anzuwendende Recht entscheiden läßt und aus diesem Grunde zu dem Ergebnisse gelangt, daß Graf August und die Agnaten seines Hauses sich in Ansehung ihrer Verfügungen über die Rente freiwillig dem in der Standesherrschaft Westerburg-Schadeck geltenden Rechte unterworfen hätten.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 S. 246, Bd. 6 S. 130, Bd. 9 S. 227, Bd. 14 S. 239.

Zwar ist die Zahlung der Rente nach der Neuordnung des bezüglichen Rechtsverhältnisses durch den Wiener Kongreß den einzelnen deutschen Rheinuferstaaten auferlegt worden; daraus folgt jedoch nicht, daß, wie die Revision behauptet, für die Disposition über das Rentenbezugsrecht im ganzen das Recht jedes dieser Staaten nach Verhältnis seines Anteiles an der Zahlungsverbindlichkeit maßgebend geworden sei. Dem Reichsgerichtsurteile vom 30. Dezember 1887 lag ein anderer Thatbestand zu Grunde. Dort handelte es sich nur darum, ob die Oktroirente Immobiliar- oder Mobiliar-Qualität gehabt habe, und nach den Vorschriften der §§. 25. 40 C.P.O. eine Vereinbarung über den Gerichtsstand zulässig gewesen sei. Jetzt ist dagegen darüber zu befinden, welchem Gesetze die Rentenobligation als einheitliches Rechtsobjekt fideikommissarischer Anordnungen unterliegt. Dies kann der Natur der Sache nach nicht nach den Partikularrechten der einzelnen Rheinuferstaaten entschieden werden, wenn und soweit nicht etwa zwingende Gesetze entgegenstehen.

Solche Vorschriften bestehen nicht. Die Gültigkeit des Vergleiches von 1814 richtet sich ausschließlich nach gemeinem Rechte und

gemeinem Privatfürstenrechte, und für das Familienstatut kommt überdies der Art. 14 der deutschen Bundesakte in Betracht. Hier wird den Mediatisierten die Verpflichtung auferlegt, ihre neu errichteten Familienverträge bei den Souveränen der betreffenden Bundesstaaten zur Vorlage zu bringen. Diese Auflage erstreckt sich nicht auf diejenigen Verträge der Standesherren, welche bereits im Jahre 1815 in Gültigkeit bestanden, und fordert auch nur eine Vorlage zur Kenntnisnahme, nicht zur Bestätigung. Gleichwohl hat Graf August der nassauischen Landesregierung, von welcher Ausführungsbestimmungen zu Art. 14 der deutschen Bundesakte nicht erlassen worden sind, den Vertrag von 1814 zur Kenntnisnahme und das Statut von 1819 zur Bestätigung eingesendet. Eine gleichzeitige Vorlage bei den Regierungen von Preußen, Bayern, Baden und Hessen-Darmstadt war nicht erforderlich und würde zwecklos gewesen sein. Denn die in diesen Staaten ergangenen Partikulargesetze und Verordnungen

für Preußen: Verordnung vom 21. Juni 1815 nebst Instruktion vom 30. Mai 1820; für Bayern: Deklaration vom 19. März 1807 und Edikt vom 26. Mai 1818; für Baden: Edikt vom 16. April 1819 und für Hessen-Darmstadt: Deklaration vom 1. August 1807 und Edikt vom 17. Februar 1820

regeln nur die Verhältnisse derjenigen Standesherren, welche Unterthanen jener Bundesstaaten sind, und wirken nicht über den territorialen Umfang des Staatsgebietes, für welches sie erlassen worden sind, hinaus. Die Grafen von Neu-Leiningen-Westerburg selbst aber waren als Standesherren nach der im Jahre 1804 vollzogenen Veräußerung von Engelthal unbestritten nur noch im (ehemaligen) Herzogtume Nassau begütert.

Wollte man übrigens dessenungeachtet die Gesetzgebung aller jener Bundesstaaten für anwendbar erachten, so würde solche doch der Rechtsbeständigkeit der Familienverträge unter den Kontrahenten nicht entgegenstehen, vielmehr höchstens deren Wirkung gegen Dritte beeinträchtigen.

Anlangend nun

1. den Vertrag von 1814, so verabreden hier die Kontrahenten, daß Graf Karl und dessen rechtmäßige Descendenz nach Abgang aller Grafen zu Alt- und Neu-Leiningen-Westerburg samt der männlichen und weiblichen Nachkommenschaft in die alsdann noch vorhandenen

Familiengüter und Gerechtsame succedieren solle; es wird jedoch unbeschadet dieses Successionsrechtes der gräflich Leiningen-Westerburgischen Familie und den jedesmaligen regierenden Grafen gestattet, über die Güter frei zu verfügen und dem Entsagenden für sich und seine männlichen Nachkommen auf ewige Zeiten eine bestimmte, jährlich zu zahlende Apanage zugesichert. Diese Übereinkunft enthält einen von dem Grafen Karl zum voraus erklärten beschränkten Verzicht auf die Geltendmachung des Rechtes zur eventuellen Succession in die Neu-Leiningen'schen Fideikommißgüter nach Maßgabe des Hausgesetzes vom 2. Dezember 1757; sie erscheint als Einräumung eines Vorrechtes bei der Nachfolge in das Stammgut zu Gunsten von Personen, welche teils erst nach dem Aussterben des bayerischen Zweiges des Hauses Neu-Leiningen-Westerburg, teils, was die wirklichen Nachkommen des nassauischen Zweiges dieser Linie und das Haus Alt-Leiningen-Westerburg betrifft, nach dem Sonderrechte des hohen Adels und den Hausgesetzen entweder überhaupt nicht oder doch erst nach dem gänzlichen Erlöschen des Mannsstammes des Leiningen-Westerburgischen Gesamthauses zur Succession gelangt wären. In dieser Entsagung auf erworbene Rechte — denn ein Fideikommißanwärter hat ein nach dem Willen des Stifters bereits erworbenes, wenngleich nur bedingtes Recht auf die Fideikommißnachfolge — liegt eine Veräußerung im weiteren Sinne, wenn auch nicht des Fideikommißgutes selber, doch der agnatischen Rechte an demselben. Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter die Grundsätze, welche bei der Veräußerung eines Familienfideikommisses im allgemeinen gelten, auch für den vorliegenden Fall rechtsähnlich zur Anwendung gebracht hat.

Gemeinrechtlich kann nun ein Agnat, welcher seine Einwilligung zur Veräußerung eines Fideikommisses gegeben hat, diese Veräußerung so wenig anfechten, als dies der veräußernde Fideikommißinhaber zu thun imstande ist. Dasselbe gilt von dem Anwärter, welcher Allodialerbe des Veräußerers oder eines konsentierenden Anwärters geworden ist. Es giebt keinen durchschlagenden Grund, dem Erben, welcher nach den Gesetzen die Handlungen seines Erblassers zu vertreten hat, bei Familienfideikommissen ausnahmsweise das Revokationsrecht aus dem Willen des Fideikommißstifters zu gestatten. Was der Anwärter auf der einen Seite aus der Stiftung erwirbt, verliert er

auf der anderen Seite als Gesamtnachfolger des veräußernden oder in die Veräußerung konsentierenden Erblassers durch obligatorische Gebundenheit.

Vgl. Entsch. der O.A.G. zu Oldenburg und Kiel, sowie des Reichsgerichtes, III. Civilsenats, bei Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 231, Bd. 7 Nr. 338, Bd. 37 Nr. 128.

Zu dem nämlichen Ergebnisse gelangt man, wenn man der Entscheidung die Vorschriften des Privatfürstenrechtes über Erbverzichte zu Grunde legt. Agnatische Erbverzichte auf die Nachfolge in Familienfideikommisse sind in den ehemals reichsständischen Familien von jeher in Übung gewesen und niemals als ungültig behandelt worden. Zweifelhaft und bestritten war nur, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange solche Verzichte gegen die Nachkommen des Entsagenden wirkten, wenn sie, wie hier, zugleich für diese erklärt waren. Diese Frage ist nicht zum Austrage zu bringen. Denn im heutigen Rechte besteht wenigstens in Ansehung der Haftung der Nachkommen als Allodialerben für die Handlungen des Erblassers kein Unterschied zwischen einem Familienfideikommisse des hohen und einem des niederen Adels. Die wesentlich dem öffentlichen Rechte angehörenden Rechtsgrundsätze, welche bei ehemals reichsständischen, jetzt souveränen Fürstenhäusern rücksichtlich der Nachfolge in die Landesregierung und in die mit dieser im Zusammenhange stehenden Haus- und Kronfideikommisse in Geltung waren und sind, vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 18 S. 204, Bd. 24 S. 194, können für die Succession in standesherrliche Stamm- und Fideikommißgüter nicht herangezogen werden, seitdem diese infolge der rheinischen Bundesakte vom 12. Juli 1806 Art. 27 Privateigentum der Mediatisierten geworden sind und privatrechtlichen Normen unterliegen.

Es steht außer Streit, daß der ursprüngliche Kläger die Erbschaft seines Vaters, des erst im Jahre 1865 verstorbenen Grafen Karl von Neu-Leiningen-Westerburg angetreten hat. Der Vertrag von 1814 präjudizierte mithin unter jedem Gesichtspunkte sowohl dem Successionsanspruche des Renunzianten, als demjenigen seines Sohnes und Erben. Dagegen würde dem Erbverzichte als bloßer Privatdisposition keine weitergehende Wirkung beizulegen sein, dieselbe namentlich nicht ohne weiteres dem nach dem Tode des Grafen Wil-

helm in den Prozeß eingetretenen Grafen Karl entgegengehalten werden können. Hierzu würde, wenn nicht der Beitritt des ursprünglichen Klägers zum Erbverzichte seines Vaters, doch mindestens der Nachweis erforderlich gewesen sein, daß der Reassument nach den Bestimmungen des bayerischen L.R. III. 1 §. 8 durch Erbschaftsantretung Universalnachfolger seines verstorbenen Vaters geworden sei.

Daraus folgt indessen keineswegs, daß der Reassument nunmehr sein eigenes Successionsrecht nachträglich geltend zu machen befugt ist. Derselbe trat nur an die Stelle seines Vorgängers und mußte den Prozeß in der Lage aufnehmen, in welcher sich die Sache zur Zeit des Todes des Grafen Wilhelm befand. Durch dieses zufällige Ereignis erwuchsen dem Nachfolger in die Parteirolle keine stärkeren prozessualischen Rechte, als dem Rechtsvorgänger selber zugestanden hatten. Insbesondere muß die Nachbringung eines anderen Klagegrundes — und hierauf kommt schließlich die Anfechtung des Vertrages von 1814 aus dem persönlichen Rechte des Reassumenten hinaus — nach §. 489 C.P.O. in zweiter Instanz sogar mit Einwilligung des Gegners für unstatthaft erachtet werden.

Kaum der Bemerkung bedarf es, daß die Wirkung des Erbverzichtes nicht durch Art. 14 Ziff. 2 der deutschen Bundesakte von 1815 beseitigt worden ist. Die dort rücksichtlich der Privatautonomie der Standesherren getroffenen Bestimmungen hatten nur den Zweck, die während der Zeit des Rheinbundes gegen jenes Sonderrecht erlassenen Gesetze und Verordnungen außer Kraft zu setzen, nicht aber die durch Verträge der Beteiligten aufgelösten oder teilweise außer Wirksamkeit getretenen Familienfideikommisse der Mediatisierten wiederherzustellen.

Das angesprochene agnatische Successionsrecht ist indessen nicht bloß vertragsmäßig für die Erben, sondern auch

2. durch autonomische Satzungen der dispositionsberechtigten und dispositionsfähigen Familienglieder des gräflichen Gesamthauses Leiningen-Westerburg mit Wirkung für und gegen alle Nachkommen des Grafen Karl rechtsgültig beschränkt worden. Zur Zeit des ehemaligen Deutschen Reiches stand das Recht der Autonomie der Gesamtfamilie und jeder einzelnen Linie eines reichsständischen Hauses zu. Der Wille der hochadeligen Genossenschaft konnte sich in einem korporativen Beschlusse, in der Form eines Vertrages und in den

dazu geeigneten Fällen sogar durch eine einseitige Verfügung des Hauptes der Familie oder Linie äußern. Die Befugnis, in solcher Weise seine Güter- und Familienverhältnisse durch Akte der Hausgesetzgebung zu regeln, ist dem mediatisierten hohen Adel Deutschlands auch durch die rheinische Bundesakte nicht entzogen worden. Diese unterwarf zwar die ehemaligen Reichsstände der Souveränität der Rheinbundsfürsten, gewährleistete ihnen jedoch in Art. 27 alle bis dahin besessenen Herrschafts- und Feudalrechte, die nicht wesentlich zur Souveränität gehörten, und beließ ihnen die Domänen als Patrimonial- und Privateigentum. Unverkennbar ist damit zum Ausdrucke gebracht worden, daß den Mediatisierten das Sonderrecht, ihre eigentümlichen Rechtsverhältnisse selbst zu ordnen, fernerhin verbleiben solle. In einigen rheinischen Bundesstaaten hat man demnächst von diesen grundsätzlichen Bestimmungen Umgang genommen und das Recht der Privatautonomie der Standesherren aufgehoben oder doch wesentlich eingeschränkt. Im Großherzogtume Berg betrat man aber den Weg der vertragsmäßigen Verständigung. In den Verhandlungen, welche dem Abschlusse der Übereinkunft zwischen der Regierung und den Grafen von Alt- und Neu-Leiningen-Westerburg über die Souveränitäts- und Patrimonialrechte vorausgingen, beanspruchte der Vertreter der Standesherrschaft, daß die Familienverträge des gräflichen Hauses, die darin festgesetzte Successionsordnung und Unveräußerlichkeit der Güter, sowie die Befugnis, dergleichen Verträge für die Zukunft auf die bisher rechtliche Art ohne Bestätigung zu errichten, aufrechterhalten und von dem Rechte der Gesetzgebung ausgenommen würden. Dem widersprach der Vertreter der Regierung. Man einigte sich schließlich dahin, den Streitpunkt vorerst unentschieden zu lassen und setzte in Art. VIII der Konvention vom 8. Mai 1807 fest:

„Daß die Grafen von Leiningen zur privilegierten Klasse des hohen Adels gehören, und daß die ihnen zukommenden Privilegien und Vorzüge entweder durch eine besondere Deklaration oder durch die konstitutiven Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes des Großherzogtumes Berg bestimmt werden sollten."

Vgl. Winkopp, Rheinischer Bund Bd. 10 S. 16—59. S. 193 flg.

Bis zur Auflösung des Rheinbundes ist die in Aussicht gestellte Deklaration über die standesherrlichen Verhältnisse im Großherzogtume Berg nicht erlassen worden. Ob aber der mit dem 1. Januar

1810 dort eingeführte Code Napoléon in Verbindung mit der Publikationsverordnung vom 12. November 1809 nach allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Gesetzen oder nach dem besonderen Inhalte des neuen Landesrechtes das standesherrliche Autonomierecht außer Anwendung gesetzt hat, ist nicht weiter zu erörtern. Denn selbst wenn dies angenommen werden müßte, so ist durch das schon erwähnte Nassau-Oranische Edikt vom 20. Dezember 1813 vom 1. Januar 1814 ab die französische Gesetzgebung im Gebiete der Standesherrschaft Leiningen-Westerburg beseitigt, und es sind an deren Stelle alle „Gesetze, Verordnungen, Regulative und Gewohnheiten, welche vor dem 31. Juli 1806 gesetzliches Ansehen hatten, in die vorige Würde zurückgerufen" worden. Damit traten auch die Normen des Privatfürstenrechtes und der Autonomie des gräflichen Hauses Leiningen als Rechtsquelle wieder in Kraft. Der Art. 14 der deutschen Bundesakte endlich hat die Autonomie der Standesherren, wenn nicht erweitert, doch in seinem zur Reichszeit bestandenen Umfange wiederhergestellt und den Mediatisierten ausdrücklich die Befugnis zur Erlassung neuer Hausgesetze garantiert.

Bei diesem Stande der Gesetzgebung erscheint sowohl der Vertrag von 1814, als das von dem Grafen August von Neu-Leiningen-Westerburg unterm 1. Mai 1819 errichtete und am 11. Juli 1823 landesherrlich bestätigte Familienstatut als autonomische, alle Nachkommen des Grafen Karl bindende Beliebung. Der Rechtsbestand beider Akte kann mit Erfolg nicht angefochten werden.

Zunächst ist die Übereinkunft vom 10./30. November 1814 ein Vergleich, kraft dessen Graf Karl als damaliger alleiniger Repräsentant des bayerischen Zweiges der gräflichen Linie Neu-Leiningen-Westerburg über seine Ansprüche an das gesamte, dieser Linie gehörige Fideikommißvermögen zu Gunsten des mitkontrahierenden Grafen August in seiner Eigenschaft als Vertreters des nassauischen Zweiges dieser Linie und zugleich als Fideikommißbesitzers verfügte. Graf Karl stammte aus unebenbürtiger Ehe, und Graf August hatte ihm nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanzen das Recht zum Bezuge der Apanage und zur eventuellen Nachfolge in das Leiningensche Hausvermögen in Gemäßheit der bestehenden Hausgesetze bestritten. Zur Erledigung der hierdurch hervorgerufenen Zwistigkeiten einigten sich die Parteien dahin, daß Graf Karl und seine Nachkommen in

Ansehung der Nachfolge in das Familienfideikommißvermögen hinter die übrigen Grafen von Neu- und Alt-Leiningen-Westerburg sowie deren Descendenz zurücktreten und als Abfindung bis zum Eintritte des Successionsfalles die ihnen zugesicherte Apanage nach Vorschrift der früheren Hausgesetze beziehen sollten. Diese Bestimmungen gingen nicht über den Kreis der autonomen Befugnisse hinaus, welche den Vertretern der beiden Zweige des gräflichen Hauses Neu-Leiningen-Westerburg zustanden, und entsprachen nach Annahme der Vorinstanzen den berechtigten Interessen der Beteiligten. Auch läßt sich gegen ihre formelle Gültigkeit kein begründetes Bedenken erheben. Die dispositionsfähigen Agnaten des Gesamthauses Leiningen-Westerburg haben, wie die Vorinstanzen thatsächlich feststellen, dem Vergleiche teils ausdrücklich, teils durch schlüssige Handlungen zugestimmt, die noch nicht selbständigen Descendenten jener Agnaten sind, da sie nur Rechte durch den Vergleich erlangten, von dem Grafen August als Familienhaupte und durch ihre Väter vertreten worden. Es liegt also der Fall, daß zwei einzelne Familienglieder über das Fideikommißvermögen des gräflichen Hauses in Widerspruch mit den älteren Hausgesetzen zum Nachteile ihrer Nachkommen verfügt hätten, nicht vor. Die Bestellung eines Kurators für die noch nicht geborenen Söhne des Grafen Karl würde eine leere Formalität gewesen sein. Denn die Notwendigkeit, Rätlichkeit oder Zweckmäßigkeit des Erbverzichtes konnte doch nur nach dem Zeitpunkte seines Abschlusses, den damals obwaltenden Umständen, beurteilt werden, während sich zum voraus nicht übersehen ließ, wie sich die Verhältnisse in der Zukunft gestalten würden.

Vgl. zu dem Seitherigen: Erk. des Oberappellationsgerichtes zu Darmstadt von 1828 und 1848 im Archive für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 154 flg.; Kapf, Merkwürdige Civilrechtssprüche ꝛc S. 1 flg.; Emminghaus, Pandekten des sächsischen Rechtes S. 172 Nr. 266.

Einer landesherrlichen Bestätigung unterlag der Vergleich nicht. Zur Reichszeit war eine Kaiserliche Konfirmation der Familienverträge und statutarischen Anordnungen reichsständischer Häuser nach dem Herkommen und der Wahlkapitulation von 1711 Art. 1 §. 9 und Art. 11 §. 2 nur in bestimmten Fällen vorgeschrieben;

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 18 S. 202;

überdies würde, selbst wenn solche allgemein erfordert worden wäre, dieses Kaiserliche Reservatrecht nach der Mediatisierung der ehemaligen Reichsstände nicht ohne weiteres auf die Souveräne der einzelnen Rheinbundsstaaten übergegangen sein.

Graf August war demzufolge nicht gehindert, durch das Familienstatut vom 1. Mai 1819 über die Fideikommißgüter des gräflichen Hauses Neu-Leiningen-Westerburg einschließlich der Rheinzollrente, unbeschadet der dem Grafen Karl und dessen Nachkommenschaft in der Vertragsurkunde vom 10./30. November 1814 eingeräumten, gegenwärtigen und zukünftigen Rechte zu verfügen. Daß er diese Rechte wirklich vorbehielt, geht aus Art. 11 des Statutes hervor. Dasselbe enthielt aber weiter, für sich allein betrachtet, eine rechtsgültige autonomische Disposition des Grafen August über die Güter und Gerechtsame seines Hauses. Insofern kommt der Erbverzicht des Grafen Karl von 1814 in Verbindung mit den späteren Anerkenntnissen desselben vom 14. Juli 1820 und 1. März 1823 als Einwilligung zur Errichtung jenes Hausgesetzes in Betracht. Daß die übrigen zur damaligen Zeit lebenden, volljährigen Agnaten des Hauses ausdrücklich und durch konkludente Handlungen gleichfalls zugestimmt haben, wird von den Vorinstanzen ohne Rechtsirrtum festgestellt. Die Gültigkeit des Statutes richtet sich nach dem Zeitpunkte seines Erlasses. Es ist deshalb unerheblich, daß, als unterm 21. Juli 1823 die landesherrliche Bestätigung erfolgte, der älteste Sohn des Grafen Karl (Graf August Georg, geboren im November 1821, gestorben im Dezember 1825) am Leben war. In seinen einzelnen Bestimmungen nimmt das Statut im Eingange auf den unter der früheren deutschen Reichsverfassung am 19. November 1804 zur Erhaltung der Familiengüter errichteten Vertrag zwischen den Grafen und Gebrüdern Karl, August und Christian L. Alexander von Neu-Leiningen-Westerburg, nassauischen Zweiges, und die inzwischen eingetretenen staatsrechtlichen Veränderungen Bezug, erwähnt, daß die bestehende Successionsordnung und die Befugnisse des Stammgutsbesitzers eine neue Regelung erheischen und weist zur Rechtfertigung der getroffenen Dispositionen auf die beigebrachten Konsensurkunden der Agnaten hin. Es wird sodann verordnet, daß in sämtliche Familiengüter ꝛc nach den Grundsätzen der deutschen Stammgutserbfolge nach Primogeniturrecht succediert, dem Mannesstamme der Vorzug

vor der weiblichen Descendenz zustehen, nach des Stifters kinderlosem Ableben das Hausvermögen auf dessen Neffen, den Grafen Christian Franz Seraphin und dessen Descendenz, eventuell auf des Stifters Nichte, die Gräfin Franziska Seraphine übergehen und von dieser der Linie Alt-Leiningen-Westerburg anheimfallen solle. Endlich wird die Unveräußerlichkeit der Fideikommißobjekte verfügt, eine Kapitalaufnahme nur mit Einwilligung der volljährigen Descendenten nach vorgängiger richterlicher Sachuntersuchung gestattet, auch Vorsorge wegen Auszahlung der Apanagen, der Deputate und des Wittumes getroffen.

Der Berufungsrichter erblickt in diesen Bestimmungen eine Aufhebung des im Grünstädter Vertrage vom 2. Dezember 1757 errichteten Familienfideikommisses und ist der Ansicht, daß, selbst abgesehen von den Vorschriften des Privatfürstenrechtes, die Auflösung eines Fideikommisses mit Zustimmung sämtlicher lebenden Agnaten nach gemeinem Rechte in Beihalt der neueren Partikulargesetze und des Herkommens sowie mit Rücksicht auf die praktischen Unzuträglichkeiten, welche die Unabänderlichkeit der ursprünglichen Fideikommißstiftung notwendig nach sich ziehe, statthaft erscheine. Hiergegen wendet sich die Revision mit der Ausführung, daß das Statut von 1819 keine Aufhebung der älteren Hausgesetze, sondern nur eine Änderung der Successionsordnung bezweckt und eingeführt habe, daß die Frage der Zulässigkeit einer solchen Modifikation nach Privatfürstenrecht zu entscheiden sei, daß hierbei Zweckmäßigkeitsgründe überhaupt nicht eingreifen könnten, eine Änderung standesherrlicher statutarischer Anordnungen aber ihre unübersteigliche Grenze in den ausdrücklichen Dispositionen des Stifters finden müßten. Es ist anzuerkennen, daß das Statut gerade so wenig eine Aufhebung des Grünstädter Vertrages von 1757 enthält, wie der Vergleich von 1814 dem bayerischen Zweige des gräflichen Hauses Neu-Leiningen-Westerburg die fideikommissarischen Rechte aus den älteren Hausverträgen ganz und für immer entzogen hat. Die Rechtsstellung der Nachkommen des Grafen Karl ist nach dem Familienstatute sogar noch eine viel günstigere, als sie nach dem Inhalte des Erbverzichtes war, insofern dort der dem Grafen August und dessen Nachkommen im Vertrage von 1814 eingeräumten freien Veräußerungsbefugnis eine an den aus Veranlassung des Verkaufes der Abtei Engelthal errichteten Familienvertrag vom 19. November 1804 sich anschließende

feste Schranke gesetzt wird. Auch leidet nicht das gemeine deutsche Privatrecht, sondern das Privatfürstenrecht Anwendung, weshalb alle auf ersteres sich beziehenden Erörterungen des Berufungsurteiles auf sich beruhen bleiben können. Endlich kommt es überall nicht auf Zweckmäßigkeitsgründe, sondern darauf an, ob Gesetz, Gewohnheitsrecht und Familienobservanz die autonomische Beliebung des Grafen August gestatteten. Eine materielle Beschwerde ist indessen dem Revisionskläger durch die vorderrichterlichen Entscheidungsgründe nicht zugefügt worden. Denn der Berufungsrichter erwägt, daß dasjenige, was das Landgericht auf Grund der deutschen Bundesakte und der autonomischen Berechtigung des hohen Adels in Bezug auf die streitige Frage angenommen habe, auch für das gemeine Recht zutreffe, billigt also die Gründe des ersten Richters, der sich ganz auf den von der Revision selber als den richtigen bezeichneten Standpunkt gestellt hatte.

Nicht gerechtfertigt ist aber die Rüge der Verletzung der Grundsätze des Privatfürstenrechtes. Nach einem allgemeinen deutschen, für die ehemaligen reichsständischen, jetzt souveränen Fürstenhäuser und standesherrlichen Geschlechter geltenden Gewohnheitsrechte können Änderungen bestehender Familienverträge und fideikommissarischer Anordnungen mit Einwilligung sämtlicher, zur gegebenen Zeit lebender und dispositionsfähiger Agnaten von dem Familienhaupte vorgenommen werden. Die Befugnis zu solchen Änderungen fließt unmittelbar aus dem Sonderrechte der Autonomie, das die hochadelige Familie über den Kreis der allgemeinen Staatsgesetze hinaushebt. Weder nach früherem Reichsrechte, noch nach neuerem öffentlichen und Privatrechte durften und dürfen freilich die neuen Rechtssätze oder Rechtsakte, welche vermöge jenes Standesprivilegiums ins Leben gerufen werden sollen, gegen die Reichs- und Staatsverfassung oder gegen absolut verbietende Gesetze verstoßen und die Rechte Dritter gefährden. Auch mag wohl eine rein willkürliche, gewisse an sich successionsfähige Nachkommen ganz und für immer ohne irgend welche Entschädigung von der Nachfolge in Familienfideikommisse ausschließende, agnatische Disposition nicht aufrechterhalten werden können. Innerhalb dieser, im Fragefalle eingehaltenen Grenzen aber sind Abweichungen von gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich festgestellten Normen sowohl, wie von den Satzungen des Fideikommißstifters unbedenklich zuzulassen. Der Satz, daß durch den Willen der Vor-

fahren die autonomischen Befugnisse der nachfolgenden Geschlechter bei hochadeligen Familien nicht für alle Zeiten ausgeschlossen werden können, hat, so oft er auch in der Theorie bekämpft worden ist, in der Praxis der obersten Verwaltungsbehörden und Gerichte der deutschen Bundesstaaten fast ausnahmslos Eingang gefunden. Zutreffend bemerkt schon Gönner (Jurisprudenz der Deutschen (1810) Bd. 1 Abh. 5 S. 126 flg.) unter Bezugnahme auf eine Reihe von Autoritäten: „daß, wenn das Recht der Nachgeborenen bei Stamm- und Fideikommißgütern des hohen Adels für ewige Zeiten unabänderlich gegründet wäre, ebensowenig die bei der ersten Erwerbung geltende Successionsart verändert, in keinem reichsständischen Hause die Primogeniturordnung eingeführt, der weibliche Stamm ausgeschlossen, die Abfindung der Sekundogenitur anders geregelt werden könnte, daß aber kaum ein deutsches fürstliches Haus zu finden sei, in welchem nicht derartige Veränderungen mit agnatischem Konsense vollzogen worden seien." Vollends seit Erlaß der deutschen Bundesakte sind notorisch in beinahe allen deutschen Staaten unter landesherrlicher Bestätigung und Veröffentlichung durch die Regierungsblätter bei einer großen Anzahl standesherrlicher Familien zum Teil wesentliche Abänderungen älterer Hausgesetze und Successionsordnungen in Kraft getreten, ohne daß deren Verbindlichkeit für die Nachkommen jemals in Zweifel gezogen worden wäre.

Vgl. hierzu: Lang, Württembergisches Sachenrecht Bd. 2 S. 101. 122 und die dort Angeführten; Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern Bd. 40 S. 521 flg.; Zöpfl, Staatsrecht Bd. 2 §. 313.

Auch das Reichsgericht hat sich in den Entsch. in Civils. Bd. 18 S. 216 grundsätzlich für die Zulässigkeit derartiger Änderungen ausgesprochen. Wenn jedoch dort hinzugefügt wird, daß spätere autonomische Satzungen nicht ausdrücklichen Anordnungen des Fideikommißstifters widersprechen dürften, so kann diese — übrigens nur gelegentliche — Bemerkung nur in dem oben hervorgehobenen Sinne, nicht aber dahin verstanden werden, daß jede gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Bestimmung des Privatfürstenrechtes, welche bei Anordnung eines Fideikommisses mit ausdrücklichen Worten in die Stiftungsurkunde aufgenommen wurde, dadurch die Bedeutung einer unabänderlichen Vorschrift gewinne. Hierzu tritt die Familien-

observanz im gräflichen Hause Leiningen. Dieses hochadelige Geschlecht hat von dem ihm zustehenden Rechte der Autonomie seit Jahrhunderten einen umfassenden Gebrauch gemacht. Im Thatbestande und bei Moser (Familienstaatsrecht der deutschen Reichsstände Bd. 1 cap. 1 §. 23, cap. 2 §. 79, Bd. 2 cap. 18 §. 93, insbes. I. 215 und II. 1009 flg.), Kohler (Privatfürstenrecht S. 346) und Heffter (Sonderrechte der souveränen ꝛc Häuser S. 362 flg.) wird eine ganze Reihe hierher gehöriger Fälle aufgeführt, in denen auf Successionsrechte Verzicht geleistet, die Successionsordnung geändert, Bestimmung über Mißheirat getroffen, die Befugnis zur Veräußerung von Fideikommißobjekten verschiedenartig gestaltet, das Recht zum Bezuge der Apanage und dergleichen mehr neu geregelt worden ist. Von Gewicht sind auch der schon oben erwähnte Vertrag vom 19. November 1804 und die Verträge vom 7. und 15. Mai 1808, inhaltlich deren Graf August nach stattgehabtem Verzichte seines Bruders, des Grafen Ferdinand Karl, auf die Regierung, in die Herrschaft Westerburg-Schadeck nebst den auswärts gelegenen Familiengütern und Gerechtsamen succedierte. Es ist nicht einzusehen, weshalb nach diesen Vorgängen gerade bei dem Familienstatute vom 1. Mai 1819 das Autonomierecht versagen und eine Ausnahme hinsichtlich der Gültigkeit der Disposition gemacht werden soll.

Gegen eine derartige besondere Behandlung spricht endlich der Umstand, daß das im ehemaligen Herzogtume Nassau in Übung gewesene partikulare Privatfürstenrecht die Möglichkeit der Auflösung und Änderung landesherrlicher und standesherrlicher Familienfideikommisse mit Einwilligung aller lebender Agnaten nach dem Zeugnisse von Bertram (Nassauisches Privatrecht §. 2206) anerkannt hat."

---

27. Auslegung eines Strafversprechens.

III. Civilsenat. Urt. v. 25. Februar 1890 i. S. H. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. III. 317/89.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

. . . „Das angefochtene Urteil mußte aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht bei Auslegung des §. 6 des Gesellschaftsvertrages gegen Interpretationsgrundsätze verstoßen hat.

Der erwähnte §. 6 lautet:

„Wenn einer der Kontrahenten freiwillig austritt, so darf derselbe bei einer zu Gunsten des anderen Kontrahenten verfallenden Konventionalstrafe von 5000 ℳ innerhalb zehn Jahren in der Provinz Hannover und im übrigen in einem Umkreise von 50 km um die Stadt Hannover ein gleiches oder ähnliches Geschäft nicht betreiben oder an einem solchen sich in keiner Weise beteiligen."

Das Berufungsgericht nimmt an, daß dem austretenden Gesellschafter damit zunächst der Betrieb eines derartigen Handelsgeschäftes im Sinne der Artt. 16. 22—24. 41 H.G.B., also eine Handelsniederlassung in dem bezeichneten Bezirke, oder die Beteiligung an einem solchen untersagt ist. Insoweit ist dem Berufungsgerichte beizutreten. Hätte der Beklagte in dem geschützten Bezirke eine Handelsniederlassung — wenn auch nur in der Form einer Zweigniederlassung — begründet, so würde damit unbedenklich die im §. 6 des Vertrages festgesetzte Konventionalstrafe verwirkt sein. Daß aber der Beklagte in dem fraglichen Bezirke ein Handelsgeschäft in diesem Sinne betrieben habe, bezeichnet das Berufungsgericht als nicht erwiesen.

Das Berufungsgericht nimmt aber weiter an, es ergebe der ersichtliche Zweck des §. 6, daß der darin gemeinte Betrieb eines gleichen oder ähnlichen Geschäftes nicht auf eine Handelsniederlassung in dem fraglichen Bezirke beschränkt werden könne. Wenngleich anzuerkennen sei, daß der §. 6 dem Beklagten nicht verbiete, ein einzelnes Handelsgeschäft der fraglichen Art in dem geschützten Bezirke anzubahnen, abzuschließen oder auszuführen, so sei doch der verbotene Geschäftsbetrieb dann als vorhanden anzunehmen,

„wenn der Beklagte in dem betreffenden Bezirke oder mit Wirkung für diesen Bezirk fortgesetzt geschäftliche Handlungen behufs Verkaufes gleicher oder ähnlicher Waren vorgenommen, gewerbsmäßig eine solche Thätigkeit entfaltet habe, welche mit der von einer Handelsniederlassung regelmäßig ausgehenden übereinstimme und dem Kläger in ähnlicher Weise Konkurrenz mache wie eine Handelsniederlassung in dem Bezirke selbst."

Das Berufungsgericht stellt sodann auf Grund der Beweisergebnisse fest, daß der Beklagte in diesem Sinne in dem geschützten Bezirke ein Geschäft betrieben habe.

Die Revision würde daher zurückzuweisen sein, wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung des §. 6 von richtigen Interpretationsgrundsätzen ausgegangen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Das Berufungsgericht verstößt gegen die Interpretationsregel, daß Pönalstipulationen nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, und daß, wenn der Wortlaut klar ist, eine Konventionalstrafe nur dann verfallen ist, wenn eine Handlung vorgenommen ist, welche durch die Strafbestimmung bedroht ist, nicht aber auch dann, wenn eine Handlung in Frage steht, welche, wenn die Parteien daran gedacht hätten, möglicherweise auch unter Strafe gestellt wäre, aber nach dem Wortlaute der Bestimmung nicht unter dieselbe fällt.

Das Wort „Geschäft" (oder Handelsgeschäft) hat im Verkehrsleben wie im Handelsrechte eine doppelte Bedeutung. Es wird damit bezeichnet, einmal die erkennbare Erscheinungsform der gewerbsmäßigen kaufmännischen Thätigkeit,

vgl. Endemann, Handbuch des Handelsrechtes Bd. 1 §. 40,

welche sich äußerlich in der Handelsniederlassung manifestiert, und sodann das Rechtsgeschäft, welches von einem Kaufmanne abgeschlossen wird. In beiden Bedeutungen wird, worauf auch vom Berufungsgerichte hingewiesen ist, das Wort auch im Handelsgesetzbuche gebraucht, in der ersten u. a. in den Artt. 16. 22—24 und 41, in der zweiten u. a. in den Artt. 4. 6. 15. 55. 272. Nach dem gemeinen Sprachgebrauche kann aber, wenn von einem Kaufmanne gesagt wird, er habe oder betreibe „sein Geschäft" an einem bestimmten Orte, das Wort „Geschäft" nur in der ersten Bedeutung verstanden werden. Dasselbe ist aber auch im vorliegenden Falle anzunehmen, in welchem unter Strafe verboten ist, daß der austretende Gesellschafter innerhalb des geschützten Bezirkes ein gleiches oder ähnliches Geschäft betreibe. — Die Hinweisung auf den Ort, wo ein gleiches oder ähnliches Geschäft nicht betrieben werden dürfe, gestattet, zumal bei Mitberücksichtigung der weiter unter Verbot gestellten Handlung („und an einem solchen sich in keiner Weise beteiligen") darüber keinen Zweifel, daß unter dem „Betreiben eines gleichen oder ähnlichen Geschäftes" der Betrieb eines Geschäftes zu verstehen ist, welches seinen Sitz in dem

geschützten Bezirke hat, und daß also nicht unter „Geschäft" ein Geschäft in der Bedeutung von „Rechtsgeschäft" zu verstehen ist. Das Berufungsgericht erkennt dies auch insofern selbst an, als es zugiebt, daß der Abschluß eines einzelnen und, wie man nach der Begründung annehmen darf, auch der Abschluß mehrerer einzelner Handelsgeschäfte nicht unter den §. 6 a. a. O. fällt, sondern nur ein fortgesetztes, auf den gewerbsmäßigen Verkauf gleicher oder ähnlicher Waren abzielendes Handeln, durch welches dem Kläger in ähnlicher Weise Konkurrenz gemacht werde, wie durch eine Handelsniederlassung. Eines von beiden ist aber nur möglich, entweder es ist unter dem „Betreiben eines Geschäftes" die Errichtung einer Handelsniederlassung zu verstehen, und dann ist der Abschluß von Handelsgeschäften in dem geschützten Bezirke von einem außerhalb desselben begründeten Geschäfte aus nicht unter Strafe gestellt, oder aber man hat darunter zu verstehen, den „Abschluß von handelsrechtlichen Rechtsgeschäften", alsdann würde auch der Abschluß eines einzelnen Handelsgeschäftes die Verwirkung der Konventionalstrafe nach sich ziehen. Da nun nach den obigen Ausführungen bei dem klaren Wortlaute des §. 6 a. a. O. nur die erstere Annahme zulässig ist, so kann das Berufungsgericht nur deshalb zu einer Verurteilung des Beklagten gelangt sein, — und daß dies thatsächlich auch der Fall ist, ergiebt sich aus den Gründen, — weil die Handlungsweise des Beklagten für den Kläger die gleiche nachteilige Wirkung hat, wie wenn der Beklagte im geschützten Bezirke selbst sein Geschäft begründet hätte. Dies ist aber rechtsirrtümlich. Denn mag auch immerhin der ersichtliche und nach der Meinung des Notars, welcher den Vertrag aufgenommen hat, von ihm verfolgte Zweck der getroffenen Strafbestimmung der gewesen sein, jede Konkurrenz seitens des ausscheidenden Gesellschafters in dem geschützten Bezirke unmöglich zu machen, die Strafe ist nur verwirkt, wenn die Konkurrenz in der im Vertrage vorgesehenen Weise erfolgte. Wollte der Kläger jede Konkurrenz des Beklagten, wie immer dieselbe auch auftrete, in dem fraglichen Bezirke ausschließen, so wäre es seine Sache gewesen, dies auch im Vertrage zum Ausdrucke zu bringen."

28. Untergang einer Grunddienstbarkeit wegen Wegfalles der Vizinität der beteiligten Grundstücke?

L. 13 Dig. quemad. serv. amitt. 8, 6.

III. Civilsenat. Urt. v. 15. April 1890 i. S. Fr. G. (Kl.) w. M. M. (Bekl.) Rep. III. 13/90.

I. Landgericht Wiesbaden.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a./M.

Zu W. an der Kirchgasse liegt ein Komplex von Grundstücken, die bis zum Jahre 1862 in einer Hand vereinigt waren. Im genannten Jahre ging diese Grundfläche, der sogenannte M.'sche Hof, teilweise an M. L. und Genossen über, und es wurde für die ausgeschiedene Fläche, jetzt Lagerbuch Nr. 103a und 103b, das Recht der Ein- und Ausfahrt über die sog. Thorfahrt, eine zum Grundstücke Lagerbuch Nr. 83 gehörige Fläche, welche die Hofraite mit der Kirchgasse in Verbindung setzt, vorbehalten. Im Jahre 1872 erwarb der Miteigentümer der Hofraite Nr. 103a und 103b, J. M., diese für sich allein und übertrug sofort einen Teil derselben, nämlich das Trennstück Nr. 103b mit dem an die Thorfahrtfläche anstoßenden Areale, an G. W., den Rechtsvorgänger des jetzigen Klägers. Der andere Teil, Lagerbuch Nr. 103a, ging im Jahre 1886 auf den Sohn des J. M., Moritz M., den jetzigen Beklagten, über. Letzterer kaufte noch die zwischen seiner Hofraite und der Kirchgasse liegende Hofraite Lagerbuch Nr. 84 hinzu. Im Stock- und Lagerbuche ist bei dem klägerischen Grundstücke Nr. 103b zu Gunsten der Hofraite Nr. 84 das Recht des unbehinderten Ein- und Ausfahrens über den an die früher erwähnte Thorfahrtfläche sich anschließenden Teil des Grundstückes Nr. 103b eingetragen. Der Beklagte übte nun das unbeschränkte Fahrtrecht über die Thorfahrt und den dahinter liegenden Hofraum nicht nur zu Gunsten seiner Hofraite Nr. 84, sondern auch für die Hofraite Nr. 103a aus und wurde deshalb im Jahre 1886 von dem Kläger als dem Eigentümer des Grundstückes Nr. 103b negatorisch auf Unterlassung fernerer Servitutausübung zu Gunsten des Trennstückes Nr. 103a belangt, auch rechtskräftig nach dem Klagantrage verurteilt. Demnächst trat Kläger mit einer neuen Klage auf, diesmal als Eigentümer des Grundstückes Lagerbuch Nr. 83. Er machte gel-

tend, daß zu Lasten dieses Grundstückes und zu Gunsten des Grundstückes Nr. 103a im Stockbuche ein Eintrag sich finde, zufolge dessen dem letzteren Grundstücke das Fahrtrecht über die Thorfläche und zwar in der Art zustehe, daß diese eintretenden Falles nicht niedriger als 16 Werkfuß überbaut werden dürfe; diese Servitut habe jetzt keinen Zweck mehr, da Beklagter, um von der Kirchgasse nach seinem Grundstücke zu gelangen, nicht bloß die Thorfahrt, sondern nach der Örtlichkeit notwendig zugleich den dahinter liegenden Teil des Grundstückes Nr. 103b benutzen müsse, bezüglich dieses Teiles aber die beanspruchte Wegegerechtigkeit aberkannt sei. Es falle daher auch jene Servitut wegen Unmöglichkeit der Ausübung fort, und Beklagter müsse in deren Löschung einwilligen. Beklagter wendete ein, daß er als Eigentümer von Nr. 103a an der Thorfahrtfläche und als Eigentümer von Nr. 84 an dem dahinter liegenden Teile von Nr. 103b, hiernach aber an der ganzen in Betracht kommenden Fläche servitutberechtigt, dieses Recht auch weder ganz, noch teilweise untergegangen sei; es liege, was die aberkannte Servitut zum Vorteile von Nr. 103a angehe, nur eine augenblickliche, thatsächliche Behinderung in der Ausübung der Servitut vor, und eine Veränderung der gegenwärtigen, thatsächlichen Verhältnisse könne die Servitut wieder ins Leben rufen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Auch die Revision des Klägers wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter nimmt mit Bezug auf l. 13 Dig. quemadmod. serv. amitt. 8, 6 an, daß eine Wegeservitut nicht schon erlösche, wenn die Unmöglichkeit ihrer Ausübung durch vorbehaltlose Veräußerung eines an das dienende Grundstück grenzenden Teiles des herrschenden Grundstückes eintrete, hierzu vielmehr noch der Ablauf der Verjährungsfrist treten müsse. Da nun eine Verjährung im vorliegenden Falle nicht behauptet sei, so ergebe sich die Unbegründetheit des Klaganspruches von selbst, wenn auch im übrigen die Behauptung des Beklagten, daß, weil er als Eigentümer der Hofraite Lagerbuch Nr. 84 über den an die Thorfahrt grenzenden Teil des Grundstückes Nr. 103b servitutberechtigt sei, ein Untergang der streitigen Wegegerechtigkeit überhaupt nicht eintreten könne, als unzutreffend erscheine.

Mit Unrecht greift der Revisionskläger diese Entscheidung als rechtsirrtümlich an. Nach allgemeinen Grundsätzen setzen Grunddienstbarkeiten zu ihrem Rechtsbestande voraus, daß das dienende Grundstück dem herrschenden einen dauernden Nutzen zu gewähren imstande ist, und die Grundstücke nicht in der Weise entfernt voneinander liegen, daß die Verbindung zwischen beiden unterbrochen wird. Wenn daher die Nutzung des dienenden Grundstückes durch ein in der Mitte liegendes — nicht gleichfalls dienendes — Grundstück unthunlich gemacht ist, oder die rechtliche Beschaffenheit der dazwischen liegenden Häuser oder Grundstücke die Verwirklichung der Gerechtsame ausschließt, so kommt die Grunddienstbarkeit nicht zur Entstehung. Daraus würde nun die Folgerung zu ziehen sein, daß, wenn eine reale Dienstbarkeit rechtsgültig entstanden ist, demnächst aber durch Veränderungen am herrschenden oder dienenden Grundstücke die Voraussetzungen wegfallen, unter denen eine solche Servitut zur Entstehung gelangen konnte, dieselbe untergehe. Allein die Gesetze haben diese Folgerung in Wirklichkeit nicht für alle Fälle gezogen, vielmehr in einzelnen bestimmten Fällen nur eine zeitweilige Unterbrechung in der Ausübung der Servitut — l. 14 pr. Dig. quemadn. serv. amitt. 8. 6; l. 6 Dig. si serv. vindic. 8, 5 — angenommen, in anderen Fällen, sobald das zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstücke belegene, dem Servitutberechtigten seither eigentümlich gehörige Grundstück ohne Vorbehalt der Dienstbarkeit veräußert worden ist, — l. 7 §. 1 Dig. commun. praed. 8, 4 und l. 13 cit., — ausgesprochen, daß die Dienstbarkeit erst erlösche, wenn vom Augenblicke der Behinderung in der Ausübung an die Verjährungszeit abgelaufen sei. Ob in diesen Rechtssätzen eine grundsätzliche Entscheidung für dergleichen Fälle der Veränderung an dem zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstücke liegenden Grundstücke oder eine singuläre Bestimmung für solche Servituten, die sich über mehrere Grundstücke erstrecken und dennoch eine Einheit bilden, zu finden sei, kann unerörtert bleiben; es genügt, daß das positive Recht in den angeführten Fällen die Dienstbarkeit mit dem Wegfallen des Hindernisses wieder aufleben läßt, vorausgesetzt, daß nicht inzwischen die Verjährung durch Nichtgebrauch eintrat.[1]

[1] Vgl. hierzu Böcking, Pandekten §. 162 II. S. 231; Elvers, Lehre von den Servituten S. 786 flg.; Buchholtz, Versuche S. 181; Gesterding, Nach-

Der Einwand des Revisionsklägers, daß jene Vorschriften nicht für einen Fall gegeben seien, in dem, wie hier, der frühere Servitutberechtigte ein anderes Grundstück erworben habe, das ihm den Zugang zu dem früher mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücke eröffne, ist unbeachtlich. Abgesehen von der Frage, ob die in l. 13 cit. getroffene Entscheidung nicht auch auf den von der Revision unterstellten Fall zu erstrecken sei, liegt hier derselbe Thatbestand vor, von dem der Jurist in l. 13 cit. ausgeht, nur daß der Verkauf des Zwischengrundstückes nicht von dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes selber, sondern von dem Rechtsvorgänger desselben im Besitze dieses Grundstückes stattgefunden hat, ein Umstand, der begreiflich keinen Unterschied in der rechtlichen Beurteilung der Sache zu begründen vermag." . . .

---

29. 1. Welches örtliche Recht ist maßgebend für die auf die Testamentsvollstreckung bezüglichen Rechtsverhältnisse?
2. In welchen Beziehungen ist nach gemeinem Rechte ein testamentarisches Kodizill rechtlich als ein Teil des Testamentes zu behandeln?

VI. Civilsenat. Urt. v. 21. April 1890 i. S. W. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. VI. 16/90.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist unten unter „Prozeßrecht" Nr. 79 S. 380 abgedruckt.

---

30. Unter welchen Voraussetzungen sind die Grundsätze der unvordenklichen Verjährung auf obligatorische Verhältnisse anwendbar?

III. Civilsenat. Urt. v. 22. April 1890 i. S. der G.'schen Stiftung (Bekl.) w. die Volksschule zu B. (Kl.) Rep. III. 301/89.

I. Landgericht Osnabrück.
II. Oberlandesgericht Celle.

---

forschungen Bd. 6 S. 19. 241; Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 15, Bd. 33 Nr. 204, Bd. 37 Nr. 296. D. E.

Aus den Gründen:

„Die von der Revisionsklägerin zum Ermessen des Gerichtes verstellte Frage, ob die unvordenkliche Zeit nicht lediglich zur Begründung solcher Verpflichtungen, welche einen dinglichen Charakter haben, geeignet sei, ist mit dem Berufungsgerichte zu verneinen. Der Grund, welcher vorzugsweise gegen die Möglichkeit eines Besitzes an Obligationen angeführt wird, daß dieselben eine fortgesetzte Ausübung ihres Inhaltes nicht zulassen, trifft nur da zu, wo die Obligation mit der einmaligen Ausübung des Rechtes erlischt. Wenn aber, wie hier, bei Obligationsverhältnissen eine dauernde Ausübung des aus demselben entspringenden Rechtes möglich ist, ohne daß die Obligation selbst aufgehoben wird, so hindert weder der Begriff des Besitzes, noch derjenige der Obligation die Anwendbarkeit der Rechtsgrundsätze der unvordenklichen Zeit auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse." ...

---

31. 1. Kommt der römischen Bestimmung, wonach der an der Scheidung schuldige Ehemann der Frau die propter nuptias donatio herauszugeben hat, für das gemeine deutsche Recht noch praktische Bedeutung zu?

2. Giebt es gemeinrechtliche Vorschriften über die Teilung des ehelichen Gesamtgutes im Falle der Ehescheidung bei allgemeiner Gütergemeinschaft?

3. Hat die Beschränkung der in l. 11 §. 1 C. de repud. 5, 17 und Nov. 22 c. 18 bestimmten Ehescheidungsstrafe auf den Höchstbetrag von 100 Pfund Goldes noch praktische Geltung?

4. Wie sind diese 100 Pfund Goldes in deutscher Reichswährung zu berechnen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 28. April 1890 i. S. W. gesch. Ehefrau (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. VI. 341/89.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Nachdem durch rechtskräftiges Urteil der Beklagte für einen böslichen Verlasser der Klägerin erklärt und die Ehe der Parteien vom Bande geschieden war, machte die Klägerin die vermögensrechtlichen

Folgen dieser Ehescheidung gegen ihren früheren Ehemann gerichtlich geltend.

Aus den Gründen:

„Bei der Beurteilung der vorliegenden Sache war davon auszugehen, daß grundsätzlich die römisch-justinianischen Bestimmungen über die sogenannte Ehescheidungsstrafe zur Anwendung zu kommen haben. Zunächst für das gemeine deutsche Recht steht es überhaupt, und insbesondere auch in der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes fest, daß jenen Bestimmungen noch praktische Geltung zukommt, und zwar für alle Fälle der von einem Teile verschuldeten Ehescheidung, insbesondere auch für den hier vorliegenden Fall der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. . . .

Die Klägerin hat in erster Reihe diejenige römische Bestimmung (in l. 8 §. 4 C. de repud. 5, 17; Nov. 22. c. 15 §. 1 und Nov. 117 c. 9 pr. §. 5) für sich verwerten wollen, wonach der an der Scheidung schuldige Ehemann der Frau die propter nuptias donatio herauszugeben hat, indem sie davon ausgeht, daß heutzutage an die Stelle der propter nuptias donatio alles dasjenige trete, was der Frau im Ehevertrage für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes ausgesetzt sei. Der so begründete Anspruch ist vom Oberlandesgerichte deswegen verworfen worden, weil die propter nuptias donatio in Deutschland nicht rezipiert sei, und die dieselbe betreffenden römischen Bestimmungen nicht auf andere, wenn auch ähnliche Institute des heutigen Rechtes übertragen werden dürfen. Dies entspricht auch der jetzt vorherrschenden Ansicht. Wenn die Klägerin hierzu gerügt hat, es sei nicht geprüft, ob nicht dennoch ein gemeinrechtlicher Rechtssatz des von ihr vorausgesetzten Inhaltes bestehe, so ist eine solche bloß prozessuale Rüge in Ansehung anzuwendenden, revisibeln Rechtes schon überhaupt nicht am Platze, und hier traf sie zudem deshalb nicht zu, weil das Oberlandesgericht die Frage geprüft, aber freilich verneint hat. Es kommt aber darauf an, welche Ansicht über das heutige gemeine Recht hier die richtige ist. Nach Einigen, welche die donatio propter nuptias an sich für abgestorben halten, soll doch, wenn eine dos bestellt ist, materiell die auf jene bezügliche römische Ehescheidungsstrafe noch in der Weise zur Anwendung kommen, daß der schuldige Ehemann, mit Rücksicht auf

die Vorschrift in Nov. 97 c. 1, neben der dos einen dem Werte derselben gleichen Geldbetrag herauszahlen müsse.

Vgl. Göschen, Gemeines Civilrecht Bd. 3 Abt. 1 §. 708 S. 100; Keller, Pandekten §. 407 S. 755; Sintenis, Gemeines Civilrecht Bd. 3 (Aufl. 3) §. 136 S. 79 und daselbst Anmerk. 2 S. 77.

Nach Anderen soll anstatt der propter nuptias donatio alles in Betracht kommen, was die Frau gesetzlich oder vertragsmäßig aus dem Vermögen des Mannes im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod des letzteren zu fordern haben würde.

Vgl. Ortloff, Juristische Abhandlungen Bd. 2 S. 18 und S. 37 flg.; Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 (Aufl. 6) §. 510 S. 947 flg.; v. Roth, Deutsches Privatrecht Tl. 2 §. 149 S. 254.

Diese letzte Ansicht erscheint in der That als grundlos und geht entschieden zu weit, während sich vielleicht entweder jene Göschensche Meinung oder eine Ansicht rechtfertigen möchte, wonach an die Stelle der donatio propter nuptias hier gewisse bestimmte, derselben ganz ähnliche deutschrechtliche Institute (Widerlage, Gegenvermächtnis und dergleichen) zu setzen wären. Für letzteres ist nicht ganz ohne Gewicht, daß in c. 4 X. de don. int. vir. et ux. 4, 20 (zunächst übrigens für den Fall der Schuld der Frau) neben der dos das „dotalicium" genannt wird. Die erwähnten deutschrechtlichen Institute können indessen nur bei einem ehelichen Güterverhältnisse vorkommen, welches auf durchgängiger oder partieller Gütertrennung beruht, und überhaupt kann auf dem Boden einer ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft, wie sie in Hamburg Rechtens ist, im Verhältnisse der Ehegatten untereinander von einem der donatio propter nuptias ähnlichen Institute so wenig, wie von einer dos die Rede sein. . . . Daher lehrt auch, wie z. B. schon Glück (Kommentar Bd. 27 S. 55), so gerade auch Ortloff (a. a. O. S. 45 flg. und S. 48 flg.), daß bei allgemeiner Gütergemeinschaft von den römischen Ehescheidungsstrafen nur der Verlust eines Viertels des Vermögens in Frage kommen könne.

Vgl. auch v. Roth, a. a. O. §. 149 Anm. 2 S. 253 und §. 149 S. 255 flg., die Urteile des Oberappellationsgerichtes zu München (im Jahre 1828) bei Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 332, und des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck (im Jahre 1879) in der Hamburgischen Handelsgerichtszeitung, Beiblatt, Jahrg. 1879, Nr. 118 S. 190.

Ebendarum steht auch, wie beiläufig bemerkt werden mag, andererseits die Behauptung der Klägerin, sie habe dem Beklagten eine Haushaltseinrichtung im Werte von 3500 ℳ zugebracht, ihrem Anspruche auf ein Viertel des Vermögens des Beklagten nicht etwa deshalb im Wege, weil ein solcher Anspruch in der justinianischen Gesetzgebung nur einer indotata uxor beigelegt ist; denn jenes Eingebrachte würde eben keine dos im gemeinrechtlichen Sinne sein, sondern jetzt nur als eigenes Vermögen der Klägerin in Betracht kommen.

Vgl. auch Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 4 §. 249 S. 293 flg. und ein Urteil des Obertribunales zu Berlin bei Seuffert, Archiv Bd. 29 Nr. 246.

Aus dem soeben entwickelten Grunde mußte in Ansehung der Verwerfung des prinzipalen Klagebegehrens der Klägerin die Entscheidung des Berufungsgerichtes aufrechterhalten werden.

Mittels des eventuellen Klagantrages ist nun aber die in l. 11 §. 1 C. de repud. 5, 17 und Nov. 22 c. 18 enthaltene Bestimmung geltend gemacht worden, wonach der unschuldig geschiedene Ehegatte gegen den schuldigen eventuell einen Anspruch auf den vierten Teil des Vermögens des letzteren hat. Hierbei entsteht dann aber zunächst die Frage, wie auf dem Boden des hamburgischen ehelichen Güterrechtes die Vermögen der beiden Ehegatten im Falle der Ehescheidung gegeneinander abzugrenzen sind. Die Klägerin hat ihren eventuellen Klagantrag zunächst auf Herausgabe von fünf Achteln des an dem Scheidungstage .... vorhanden gewesenen ehelichen Gesamtgutes gerichtet, nämlich auf Herausgabe einer Hälfte als ihres eigenen Vermögens und eines Achtels als des Viertels von der auf den Beklagten fallenden Hälfte. Hierbei war das Verlangen der Herausgabe dieses fünften Achtels selbst an sich jedenfalls unbegründet; denn, wie das Reichsgericht schon in Sachen Sch. wider Sch. ausgesprochen hat (Entsch. in Civils. Bd. 15 S. 205) und seitdem auch Dernburg (Pandekten Bd. 3 §. 26 Anm. 4 S. 50) und Wendt (Pandekten §. 307 S. 725) angenommen haben, bildet den Gegenstand der Ehescheidungsstrafe nicht die Vermögensquote selbst, sondern der Wert derselben in Geld. Es hat nun aber auch die Klägerin in weiterer Eventualität auf Verurteilung zur Herausgabe des Wertes jener fünf Achtel angetragen; womit sich dieser Punkt erledigt.

Das Oberlandesgericht hat nun ausgeführt, daß es nicht dem

Sinne des hamburgischen ehelichen Güterrechtes oder etwa einem hamburgischen Gewohnheitsrechte entspreche, im Falle der Ehescheidung das Gesamtgut als nach Quoten geteilt aufzufassen, sondern daß es nach hamburgischem Rechte richtig sei, der Frau das von ihr selbst Eingebrachte und das ihr während der Ehe Angefallene zuzuteilen und alles übrige als Vermögen des Mannes anzusehen. Dies ist keine gemeinrechtliche Frage, sondern lediglich eine solche des irrevisibeln Partikularrechtes. Die einzige gemeinrechtliche Quellenstelle, an deren Verwertung man hier denken könnte, und die auch wohl von einzelnen Schriftstellern,

vgl. z. B. Eichhorn, Deutsches Privatrecht (Aufl. 5) §. 310 S. 749,

hier angezogen worden ist, nämlich das c. 10 X. de consuet. 1, 4, würde übrigens durchaus der Ansicht des Oberlandesgerichtes zur Stütze dienen. Wenn indessen dort die rechtliche Geltung einer Gewohnheit verneint wird, nach welcher die eines Ehebruches schuldige Ehefrau nichtsdestoweniger einen Anspruch auf die ganze Hälfte der Errungenschaft haben sollte (während ihr doch eigentlich gar nichts aus dem Vermögen des Mannes zukommen müsse), so wird man daraus allerdings schwerlich einen subsidiären, gemeinrechtlichen Satz, welcher im Zweifel auch nur in den Gebieten der Errungenschaftsgemeinschaft, geschweige denn in denen der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Anwendung zu bringen wäre, entnehmen, sondern die Stelle doch wohl nur in der Lehre vom Gewohnheitsrechte, gleichviel mit welchem Ergebnisse, verwerten können. Immerhin ist aber die hier fragliche Entscheidung des Oberlandesgerichtes mindestens nach §. 511 C.P.O., bezw. nach §. 1 der Verordnung vom 28. September 1879 in Verbindung mit §. 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung der Nachprüfung des Reichsgerichtes entzogen. . . .

Das Berufungsgericht hat nach Maßgabe der bisher besprochenen Unterentscheidungen, unter Vorbehalt des Anspruches der Klägerin auf Herausgabe der angeblich von ihr eingebrachten Haushaltseinrichtung, derselben grundsätzlich höchstens einen Anspruch auf den Wert eines Viertels des übrigen Gesamtgutes zuerkannt und auch diesen noch auf den von Justinian gesetzten Höchstbetrag von 100 Pfd. Goldes beschränkt. Da diese 100 Pfd. Goldes nach der vom Oberlandesgerichte angewandten Umrechnungsmethode auf 67 200 ℳ auskamen und andererseits der Beklagte anerkannt hatte, daß das Viertel seines Ver-

mögens mindestens so viel wert sei, so sind im Berufungsurteile ohne weiteres der Klägerin diese 67 200 ℳ mit Vorbehalt verschiedener Abzüge zugesprochen, während sie mit ihren Mehrforderungen, abgesehen von dem Anspruche auf das angebliche Eingebrachte, abgewiesen ist.

Hiergegen hat die Klägerin eventuell insbesondere den Angriff erhoben, daß die praktische Geltung des Maximums von 100 Pfd. Gold zu Unrecht angenommen worden sei. Die Berechtigung dieser Rüge konnte jedoch nicht anerkannt werden. Wenn in dem in den Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 15 S. 205 mit Weglassungen abgedruckten Satze aus dem Urteile des I. Civilsenates des Reichsgerichtes in Sachen Sch. w. Sch. diese Frage offen gelassen ist, so erklärt sich dies daraus, daß das frühere hamburgische Obergericht in einer damals angezogen gewesenen Entscheidung (vgl. Hamburgische Handelsgerichtszeitung, Beiblatt, Jahrgang 1879, Nr. 61 S. 108) die in Rede stehende justinianische Bestimmung „bei dem inzwischen eingetretenen Wechsel im Werte des Geldes" für obsolet erklärt hatte, und daß für das Reichsgericht damals kein Anlaß zur Entscheidung der Frage gegeben war. Der soeben erwähnte Grund des hamburgischen Obergerichtes — dessen Entscheidung in diesem Punkte übrigens das damalige Oberappellationsgericht zu Lübeck bei seiner Beurteilung derselben Sache (vgl. Hamburgische Handelsgerichtszeitung a. a. O. Nr. 118 S. 187 flg.) mindestens nicht entgegengetreten ist — konnte aber für zutreffend nicht erachtet werden. Es würde darin wohl ein legislatives Motiv zur Erhöhung des fraglichen Maximums gefunden werden können, aber niemals ein Grund, dasselbe nach geltendem Rechte ohne weiteres als weggefallen zu betrachten. Mit Recht hat schon das Oberlandesgericht darauf hingewiesen, daß doch auch für Abgrenzung der der gerichtlichen Insinuation bedürfenden, großen Schenkung gemeinrechtlich immer noch die justinianische Norm von 500 solidi maßgebend geblieben ist. Auch lag keine genügende Veranlassung vor, abgesehen von jenem Grunde etwa ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, wodurch das Maximum von 100 Pfd. Gold beseitigt worden wäre. Das Oberlandesgericht hat schon hervorgehoben, daß in fast allen neueren Darstellungen des gemeinen Civilrechtes dieses Maximum bei der Ehescheidungsstrafe als geltend vorgetragen wird. Allerdings sagt gerade einer der neuesten

hierher gehörigen Schriftsteller, nämlich Wendt (Pandekten, §. 307 S. 725), die fragliche Beschränkung werde in deutschen Gerichten nicht beachtet, indessen ohne Belege hierfür beizubringen. Nun steht die Sache in dieser Beziehung freilich bei dem Erbrechte der armen Witwe, auf welches bekanntlich das Maximum von 100 Pfd. Goldes durch Justinian von der Ehescheidungsstrafe her übertragen worden ist, etwas anders. Nicht nur ist in manchen kürzeren Darstellungen des Erbrechtes der armen Witwe aus neuerer Zeit,

vgl. z. B. Puchta, Pandekten §. 456 und Vorlesungen, ebenda, und v. Vangerow, Pandekten Bd. 2 (7. Aufl.) §. 488 Anm. S. 303 flg.,

die fragliche Beschränkung wenigstens mit Stillschweigen übergangen — während gerade der eben angeführte Wendt (a. a. O. §. 355 S. 810) dieselbe ohne irgend eine Nebenbemerkung hier als geltend vorträgt —, sondern ihre Erwähnung fehlt auch in ausführlicheren Erörterungen des Gegenstandes aus älterer Zeit, wo eine solche eigentlich nicht wohl unterbleiben konnte, wenn man die Geltung überhaupt anerkannte, wie z. B. bei Kohl (De successione conjugum, um das Jahr 1700) und bei J. H. Böhmer (Consultationes, T. III. pars 3 resp. 628), und endlich findet sich die Beseitigung durch deutsches Gewohnheitsrecht mehr oder weniger bestimmt ausdrücklich behauptet bei Göschen (Gemeines Civilrecht Bd. 3 Abt. 2 §. 931 S. 370), Keller, (Pandekten §. 472 S. 902), Schirmer (Römisches Erbrecht Tl. 1 §. 13 Anm. 10 S. 236 und Anm. 23 S. 244) und Arndts (Pandekten [Aufl. 7] §. 481 Anm. 3 S. 785). Wie diese Frage in Ansehung des Erbrechtes der armen Witwe zu entscheiden sein möchte, kann hier dahingestellt bleiben. Bei diesem könnte die irrige Meinung, daß hier das durch Nov. 53 c. 6 eingeführte Maximum von 100 Pfd. Gold durch Nov. 117 c. 5 wieder beseitigt sei, die noch neuerdings vereinzelt (Köppen, Erbrecht im Grundrisse S. 86) vorgetragen worden ist, zur Hervorbringung der angeführten Erscheinungen mitgewirkt haben, sodaß, gleichviel ob man hier ein derogatorisches Gewohnheitsrecht annehmen möchte oder nicht, jedenfalls kein Grund vorliegen würde, dieses auch auf die Ehescheidungsstrafe auszudehnen; zumal da sich, wie bald näher hervortreten wird, davon, daß das Maximum von 100 Pfd. Goldes in der älteren deutschen Praxis überhaupt angewandt worden ist, mannichfache Spuren erhalten haben.

Es fragte sich aber noch, ob die Umrechnung der 100 Pfd. Goldes auf 67 200 ℳ zu billigen sei. Das Berufungsgericht gelangt zu dieser Summe dadurch, daß es zunächst an die Stelle dieser 100 Pfd. 7200 solidi setzt, sodann auf diesen Betrag das in Ansehung der Bestimmung über die Insinuation großer Schenkungen feststehende, gemeine deutsche Gewohnheitsrecht anwendet, wonach jeder solidus als ein Reichsdukat gerechnet wird, und endlich auf jeden solchen Dukaten $9^1/_3$ ℳ heutiger Währung rechnet. Diese letzte Art der Umrechnung ist die von Francke im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 67 S. 337 flg. als richtig verteidigte, welche auch vom Reichsgerichte schon wiederholt angewandt worden ist,

vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 313, Bd. 5 S. 146, Bd. 8 S. 145, Bd. 18 S. 49 und S. 180, Bd. 22 S. 193,

und von welcher abzugehen kein Grund vorlag. Vollends durfte das den römischen solidus als Reichsdukaten ansetzende Gewohnheitsrecht, zunächst wenigstens für große Schenkungen, als gänzlich unzweifelhaft angesehen werden. Als fraglich konnte es dagegen erscheinen, mit welchem Rechte vom Oberlandesgerichte dieses Gewohnheitsrecht auch auf einen römischen Rechtssatz angewandt worden sei, der nicht auf eine gewisse Anzahl von solidi, sondern auf ein Gewichtsquantum Goldes abgestellt ist. Das Oberlandesgericht hat sich für die Substituierung von 72 solidi statt eines Pfundes Goldes auf die l. 5 C. de susceptor. 10, 70 berufen. Indessen will eigentlich diese Stelle nicht sowohl sagen, daß unter 1 Pfd. Gold 72 solidi, als daß unter je 72 solidi 1 Pfd. Gold verstanden sein solle. Römische Goldwährung seit Constantin dem Großen war eben lediglich das reine Gold als solches nach dem Gewichte, obgleich zur Erleichterung des Verkehres für Fälle, wo es nicht so genau genommen wurde, Goldmünzen geprägt wurden; in den einzelnen Stadtgemeinden waren besondere Beamte (zygostatae) mit öffentlichen Waagen angestellt, deren sich die Privatleute zum Zuwägen bei Zahlungen bedienen konnten (l. l. 1. 2 C. Th. de ponderat. 12, 7; l. l. 1. 2 C. J. de ponder. 10, 71). Von Staats wegen wurden zu diesem Zwecke Normalgewichte (pondera examinata, exagia) über das Reich verteilt (vgl. Nov. Valent. III. tit. 14 §. 2; Nov. Major. tit. 7 §. 15). Über alles dies ist zu verweisen vorzüglich auf Th. Mommsen (Römisches Münzwesen S. 835 flg., auch S. 174), sowie auch auf Hultsch (Griechische und Römische

Metrologie [Aufl. 2], S. 326 flg). Auch wo ein solidus als Geldquantum in den Gesetzen der späteren Kaiserzeit genannt wird, ist daher, genau genommen, nicht die betreffende Münze als solche, sondern nur $^1/_{72}$ Pfd. Goldes gemeint. Die Anwendung dieses letzteren Satzes ist bei uns durch das erwähnte Gewohnheitsrecht allerdings ausgeschlossen; für zweifelhaft aber könnte man halten, ob aus der Verbindung des letzteren mit der l. 5 C. de susceptor. 10, 70 sich ohne weiteres auch die Ansetzung von je 72 Reichsdukaten für 1 römisches Pfund Goldes ergebe. Sähe man von dieser Ansetzung ab und hielte man sich einfach daran, wieviel heutige Reichswährung nach Art. 1 des Reichsmünzgesetzes von 1873 in Verbindung mit den §§. 1 und 2 des Reichsgesetzes vom 4. Dezember 1871 auf ein römisches Pfund Gold komme, so würde man, selbst wenn man das letztere nicht nach der durchschnittlichen Normalschwere (vgl. Hultsch, a. a. O. S. 160 flg.) zu 327, 45 g, sondern nur nach dem neuerdings aufgefundenen justinianischen Normalpfundgewichte (vgl. Hultsch, a. a. O. S. 160 Anm. 3 und S. 157) zu 323, 75 g berechnete, für die 100 Pfd. Gold zu einer 67 200 ℳ bei weitem übersteigenden, und zwar sich nicht nur, wie das Oberlandesgericht gemeint hat, auf 86 040 ℳ, sondern sogar auf mehr als 90 000 ℳ belaufenden Summe gelangen. Dies würde jedoch aus dem Grunde jedenfalls unrichtig sein, weil, ganz abgesehen von der Frage, ob man die l. 5 Cod. de susceptor. 10,70 hier ohne weiteres so, wie das Oberlandesgericht gethan hat, würde verwerten dürfen, sich wiederum ein älteres deutsches Gewohnheitsrecht, durch welches diese Verwertung bereits vorgenommen ist, speziell nachweisen läßt.

Wehner (Observationes practicae [aus dem 16. Jahrhundert], s. v. „Goldgülden") und Besold (Thesaurus practicus [aus dem 17. Jahrhundert] s. v. „Gold") bezeugen übereinstimmend, daß nach deutschem Gewohnheitsrechte („moribus nostris", „hodierno usu") sowohl beim Reichshofrate, als auch beim Reichskammergerichte für ein justinianisches Pfund Goldes („in poenis irrogandis," setzt Wehner hinzu) 72 rheinische Gulden oder Goldgulden oder 67 ungarische Dukaten gerechnet werden, und Besold führt dabei noch speziell eine in diesem Sinne ergangene Entscheidung des Reichskammergerichtes an. Zu bemerken ist dabei, daß damals die deutsche Praxis überhaupt noch schwankte (auch bei großen Schenkungen), ob der römische

solidus als Goldgulden oder als ungarischer Dukat, an dessen Stelle dann bald der nur unbedeutend leichtere Reichsdukat trat, angesetzt werden solle, und daß erst seit Carpzov und Sande letzteres festgestanden hat, wofür auf Francke, a. a. O. S. 338 zu verweisen genügt. Daher können an die Stelle der von Wehner und Besold genannten 72 Goldgulden bei Feststellung des maßgebenden Gewohnheitsrechtes ohne weiteres die (schwereren) 72 Dukaten gesetzt werden. In diesem Sinne lassen sich die Spuren des fraglichen Gewohnheitsrechtes denn auch weiterhin nachweisen. Samuel Stryk sagt in seinem tractatus de successionibus ab intestato, diss. 4 cap. 1 num. 36, bei Gelegenheit des Erbrechtes der armen Witwe: über die Berechnung des Pfundes Goldes schwanke man; einige rechnen dafür 65 Dukaten, andere 72 Dukaten; wobei die 65 Dukaten offenbar für 72 Goldgulden stehen; weshalb jetzt 65 und nicht 67, wie bei Wehner und Besold, kann hier unerörtert bleiben; nach dem soeben Dargelegten kommt es hier überhaupt nur auf die 72 Dukaten an. Ferner liest man wieder bei Koch, Bonorum possessio (erschienen 1799) S. 492: man halte gemeiniglich dafür, daß eine libra auri (beim Erbrechte der armen Witwe) 72 solidos oder aureos betragen habe, und ein solidus, wie wenigstens die Praxis bei Schenkungen annehme, einem Dukaten gleich sei; demnach berechnet er die 100 Pfd. Goldes auf 7200 Dukaten. Dies hat dann endlich Glück, Intestaterbfolge S. 428 Anm. 15, wiederholt unter Anführung von l. 5 Cod. de susceptor. 10, 70 zunächst mit Beziehung auf die Ehescheidungsstrafe; folgeweise berechnet er S. 432 die Erbschaft von 400 Pfd. auf 28 800 Dukaten. Es hatte daher bei dem Ansatze von 67 200 ℳ sein Bewenden zu behalten." ...

---

32. 1. Constitutum possessorium in Beziehung auf Sachen, welche sich in der thatsächlichen Innehabung dritter Personen befinden.

2. Ist eine Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium auch dann rechtswirksam, wenn sie an einen Gläubiger zum Zwecke der Sicherstellung des letzteren für seine Forderung geschieht, trotz reichsgesetzlich bezw. landesgesetzlich feststehender Rechtsunwirksamkeit der Bestellung anderer Pfandrechte,

als Faustpfandrechte im Sinne des §. 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung, an beweglichen Sachen? Begriff der Umgehung des Gesetzes.

VI. Civilsenat. Urt. v. 2. Juni 1890 i. S. K. Konkursverwalter (Bekl.) w. H. u. G. (Kl.) Rep. VI. 68/90.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

. . . „Die Kläger vindizieren aus der Konkursmasse eine Reihe von Gegenständen, welche ihnen früher vom jetzigen Gemeinschuldner K. . . . als Sicherheit für die Deckung wegen einer von ihnen für K. übernommenen Bürgschaft zu Eigentum übertragen sein sollen . . . . Der verklagte Konkursverwalter bestreitet nicht, daß nach dem beiderseitigen Willen K.'s und der Kläger das Eigentum an den fraglichen Sachen auf die Kläger zur Sicherung ihres eventuellen Regreßanspruches habe übergehen sollen; nur stellt er in Abrede, daß die Eigentumsübergabe in Ansehung sämtlicher Gegenstände stattgefunden habe, und daß sie, soweit sie stattgefunden habe, nach den Umständen des Falles den Übergang des Eigentumes habe bewirken können. . . .

1. Was den ersten Punkt anlangt, so ist unzweifelhaft, daß nicht in Ansehung aller fraglichen Sachen eine unmittelbare körperliche Übergabe nachgewiesen ist, da sich die Sachen zum Teil an Orten befunden haben, von denen nicht vorliegt, daß die Kläger jemals dort gewesen wären, um sich persönlich die Sachen übergeben zu lassen; nach des Beklagten Behauptung sollen sich einige der Sachen sogar im Gewahrsame dritter Personen befunden haben. Das Oberlandesgericht hat nun aber angenommen, daß die Übergabe, soweit sie nicht unmittelbar körperlich erfolgt sei, durch constitutum possessorium allerdings in rechtswirksamer Weise vollzogen sei, und zwar mit einer Begründung, welche gegen revisible Rechtsnormen in keiner Weise verstößt. Die Rüge des Beklagten, daß für die Übergabe allemal die körperliche Nähe des Gegenstandes erforderlich sei, war unbeachtlich, da bekanntermaßen von der Übergabe durch constitutum possessorium gerade das Gegenteil gilt, und es hierfür genügt, daß der

Tradent die in Rede stehende Sache besitzt, gleichviel wo (vgl. l. 77 Dig. de R. V. 6, 1). Ebenso grundlos war der Angriff, den der Beklagte darauf hat stützen wollen, daß das Oberlandesgericht es für unerheblich erklärt hat, ob ein Teil der Sachen sich in der Detention dritter Personen befunden habe, vorausgesetzt nur, daß die letzteren die Sachen zur Verfügung des K. gehalten haben, also nur seinen Besitz haben ausüben wollen. Denn wie das Reichsgericht bereits ..., vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 57, ausgesprochen hat, macht es für die Wirksamkeit des constitutum possessorium keinen Unterschied, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst ausübt oder durch einen Anderen ausüben läßt, auch wenn der letztere von dem constitutum possessorium nichts erfährt (arg. l. 30 §. 6 Dig. de adq. poss. 41, 2). ...

2. Warum im allgemeinen eine Eigentumsübertragung nach gemeinem Rechte nicht auch zum Zwecke der Sicherstellung einer Forderung sollte geschehen können, ist nicht abzusehen; die Bejahung entspricht auch der herrschenden Meinung sowie der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Der Beklagte hat aber die Einwendung erhoben, diese Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, bei welcher die letzteren im körperlichen Gewahrsam des Veräußerers geblieben sind, sei deshalb nichtig, weil sie zur Umgehung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen sei, durch welche die Rechtswirkung von Verpfändungen beweglicher Sachen ohne körperliche Hingabe ausgeschlossen werden solle, und hat jetzt das vorige Urteil auch wegen Verwerfung dieser Einwendung als rechtsirrtümlich angegriffen. Die hier als angeblich umgangen in Betracht kommenden Gesetze sind die Reichskonkursordnung, insofern sie kein Absonderungsrecht wegen irgend eines anderen Rechtes an einer beweglichen, körperlichen Sache, als wegen eines Faustpfandrechtes im Sinne des §. 14 des zu ihr erlassenen Einführungsgesetzes gewährt (vgl. §. 40 K.O.), und das hamburgische Ausführungsgesetz zur Konkursordnung, insofern nach dem §. 4 desselben ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache überhaupt nur durch eine solche Verpfändung bestellt werden kann, welche nach den Vorschriften der Konkursordnung das Absonderungsrecht gewährt. Wenn nun das Oberlandesgericht ausgeführt hat, daß nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kein Grund gegeben sei, jene Gesetze dahin zu verstehen, daß ein lediglich als Sicherheit für eine

Forderung übertragenes Eigentum an einer beweglichen Sache im Konkurse kein Aussonderungsrecht gewähren bezw. daß eine lediglich zu solchem Zwecke vorgenommene Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache rechtsunwirksam sein solle, falls nicht dem Gläubiger die Sache zugleich auch zu körperlichem Gewahrsam überliefert sei, so konnte dem, soviel die Konkursordnung betrifft, an sich nur beigestimmt werden, während die Auslegung des hamburgischen Ausführungsgesetzes nach §. 511 C.P.O. bezw. nach §. 1 der Verordnung vom 28. September 1879 in Verbindung mit §. 6 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. in der Revisionsinstanz überhaupt keiner Nachprüfung unterlag. Ganz ähnlich ist übrigens die Begründung, mittels welcher der I. Civilsenat des Reichsgerichtes früher eine von ihm nach Maßgabe des §. 526 C.P.O. auf dem Boden des §. 3 der mecklenburgisch-schwerinschen Ausführungsverordnung zur Konkursordnung in entsprechendem Sinne erlassene Entscheidung,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 202 flg.,

gerechtfertigt hat; bei welcher Entscheidung indessen die Frage wegen der Auslegung der Konkursordnung selbst formell offen gelassen worden ist. Allerdings könnte sich nun aber fragen, ob es sich bei der Ungültigkeit der „in fraudem legis" geschlossenen Geschäfte (vgl. l.l. 29. 30 Dig. de leg. I. 30; l. 5 pr. Cod. eod. 1, 14; l. 13 §. 26 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 3 §. 3. l. 7 pr. §§. 1. 3 Dig. de S. C. Maced. 14, 6; l. 8 §. 6. l. 29 §. 1. l. 32 §. 3 Dig. ad S. C. Vell. 16, 1; l. 16 Cod. de usur. 4, 32) wirklich um nichts weiter handelt als um eine Frage der gewöhnlichen Gesetzesauslegung. Es ist dies freilich auch die Auffassung von Windscheid (Pandektenrecht Bd. 1 6. Aufl. §. 22 Anm. 2 S. 62) und von Kohler (in den Jahrbüchern f. d. Dogmatik des Privatrechtes Bd. 16 S. 144), zum Teil auch schon von Thöl (Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 65 S. 159 flg.), und jedenfalls wird hierdurch das Wesen der Sache besser getroffen als durch den Gesichtspunkt der Auslegung des betreffenden Rechtsgeschäftes, welchen v. Savigny (System Bd. 1 S. 324 flg.), übrigens zum Teil auch wiederum Thöl (a. a. O.) benutzt hat. Soweit die letztere Auffassung reicht, läuft sie lediglich darauf hinaus, die fraglichen Fälle als Fälle der Simulation aufzufassen; eine Verwechselung, welcher mit Recht das Oberlandesgericht in der vorliegenden Sache entgegengetreten ist, nachdem in der Litteratur die Scheidung der

Begriffe „Simulation" und „Umgehung des Gesetzes" genügend klargelegt ist.

Vgl. Kohler, a. a. O. S. 140 flg.; Regelsberger, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 63 S. 172 flg. und in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes Bd. 2 §. 241 S. 408 flg.; Bähr, Urteile des Reichsgerichtes S. 56 flg.; Hellwig, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 64 S. 375 flg.; Wendt, Pandekten §. 247 S. 600; G. A. Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien S. 80 flg. 88 flg.

Immerhin ließe sich aber vielleicht verteidigen, daß die Nichtigkeit der zur Umgehung einer Rechtsnorm geschlossenen Geschäfte nicht immer schon auf Grund einer einfachen Auslegung dieser Rechtsnorm eintrete; jedenfalls geht die Meinung einiger der Hauptvertreter der in Rede stehenden Lehre, wie z. B. Bähr's und Hellwig's, dahin, daß man es mit einem besonderen Rechtssatze zu thun habe, welcher verlange, daß das Gesetz, über seinen durch bloße Auslegung zu gewinnenden Sinn hinaus, auf die zu seiner Umgehung bestimmten Geschäfte analog angewandt werde, oder doch mindestens mit einer durchgreifenden Auslegungsregel, wonach das Gesetz allemal so ausgelegt werden solle, daß es diese Geschäfte mitergreife. Solcher Auffassung gegenüber möchte wohl der bloßen Darlegung, daß das gerade in Rede stehende Gesetz an sich nicht so weit auszulegen sei, noch keine durchgreifende Bedeutung zukommen. Aber wie immer es sich hiermit auch verhalten möge, so war die jetzt fragliche Entscheidung, daß die Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen an einen Gläubiger zu dessen Sicherung unter Zurückbehaltung des körperlichen Gewahrsames derselben keine Umgehung der Konkursordnung oder des hamburgischen Ausführungsgesetzes zu dieser enthalte, jedenfalls aufrechtzuhalten. Denn von einer Umgehung kann man überhaupt nur in Beziehung auf verbietende oder gebietende Gesetze, d. h. auf solche Gesetze, welche eine Unterlassung oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlung vorschreiben, sprechen; solche Gesetze sind aber die hier in Rede stehenden nicht, am wenigsten die Konkursordnung. Diese verbietet nicht etwa, Verpfändungen beweglicher Sachen ohne Übertragung des körperlichen Gewahrsams vorzunehmen; ihr Wille geht keineswegs dahin, daß eine im allgemeinen anerkannte Geschäftsform singulärerweise gerade zu diesem Zwecke

nicht benutzt werde; sondern sie kennt nur kein Absonderungsrecht auf Grund eines auf eine andere als die im §. 14 des Einführungsgesetzes bezeichnete Weise begründeten Pfandrechtes an einer beweglichen körperlichen Sache. Aber auch wenn das hamburgische Ausführungsgesetz im §. 4 daran die Bestimmung schließt, daß außer auf jene Weise überhaupt kein Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt werden könne, so ist auch hier von einem besonderen Verbote keine Spur zu erblicken, sondern es wird einfach ein allgemeiner Satz über die Voraussetzungen der Entstehung von Pfandrechten aufgestellt. Schließlich sei noch bemerkt, daß, wenn G. A. Leist (a. a. O. S. 93 flg.) mittels einer teilweise von der sonst üblichen abweichenden Begründung zu dem Ergebnisse gelangt ist, die nicht mit körperlicher Auslieferung verbundene Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen zur Sicherung von Forderungen nach gemeinem Rechte für ungültig zu erklären, seine Deduktion im Grunde doch ebenfalls nur auf den Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung hinausläuft und daher an den gleichen Gegenerwägungen scheitert.

Der Beklagte hat zu diesem Punkte in der Revisionsverhandlung noch die Schwierigkeiten hervorgehoben, welche sich bei Zulassung einer Übereignung zum Zwecke einer bloßen Sicherstellung des Empfängers in Ansehung der Fragen ergeben, ob in einem solchen Falle der Absatz 2 des §. 117 K.O. entsprechende Anwendung zu finden habe, und inwiefern dem so gesicherten Gläubiger die Geltendmachung seiner gesamten Forderung als gewöhnlicher Konkursforderung zu gestatten sei, indem er dabei auch auf das in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 24 S. 46 flg. abgedruckte Urteil des Reichsgerichtes hingewiesen hat. Für die gegenwärtige Entscheidung ist es jedoch unerheblich, welche Beantwortung jener Fragen man für die richtige halten mag, und es war daher in darauf bezügliche Erwägungen nicht weiter einzutreten.". . .

---

33. Einrede des Betruges gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises. Muß der Käufer, der sich dieser Einrede bedient, zur Rückgabe der gekauften Sache sich erbieten? Ist die Einrede auch dann noch statthaft, wenn der Käufer nach erlangter Kenntnis vom Betruge den Kaufgegenstand ganz oder teilweise veräußert hat?

III. Civilsenat. Urt. v. 11. März 1890 i. S. N. (Kl.) w. H. u. Ehefrau (Bekl.) Rep. III. 328/89.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger, welcher an die Beklagten ein Landgut mit Inventar verkauft und übergeben hat, klagt die erste Kaufgelderrate ein. Die Beklagten haben die Einrede des Betrugs vorgeschützt, indem sie behaupten, der Kläger habe sie in verschiedenen wesentlichen Punkten getäuscht. Da sie nach ihrer ferneren Behauptung ohne die klägerischen Vorspiegelungen auf den Kaufhandel sich überhaupt nicht eingelassen haben würden, so nehmen sie das Recht in Anspruch, von dem Kaufe zurückzutreten, und beantragen, die erhobene Klage abzuweisen. Das Berufungsgericht erachtete die Einrede für begründet und für den Fall, daß die Beklagten gewisse Eide leisten würden, auch für liquide. Für den Fall der Leistung der Eide soll der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen werden, im entgegengesetzten Falle die Verurteilung der Beklagten erfolgen.

Hiergegen hat der Kläger Revision erhoben. In Anlaß derselben gelangten u. a. die beiden oben bezeichneten Fragen zur Erörterung und Entscheidung. Beide Fragen wurden verneint und zwar aus folgenden

Gründen:

.... „Unbegründet ist . . . die Beschwerde darüber, daß das Berufungsgericht die Einrede des Betruges zugelassen habe, ohne daß die Beklagten sich erboten haben, den Kaufgegenstand wieder an den Kläger zurückzugeben. Es ist zwar anzuerkennen, daß, wenn der Käufer, sei es auf Grund des ädilitischen Edikts (l. 23 §. 1. l. 60 Dig. de aedil. edict. 21, 1), sei es im Falle eines vom Verkäufer verübten Betruges nach den Grundsätzen über den Kaufvertrag (l. 11 §. 5 Dig. A. E. V. 19, 1) vom Vertrage zurücktritt, er seinerseits verpflichtet ist, den Kaufgegenstand dem Verkäufer zurückzugeben. Auch ist es richtig, daß, wenn der Käufer sein Redhibitionsrecht im Wege der Klage geltend macht und mittels der letzteren die Rückgabe des ganz oder teilweise gezahlten Preises verlangt, der Verkäufer seinerseits nur gegen gleichzeitigen Rückempfang des Kaufgegenstandes den Kaufpreis zurückzuzahlen braucht. Allein der Verkäufer hat kein Recht

darauf, daß der Käufer seinerseits mit der Rückgabe vorangeht, und zur Begründung der Klage ist nicht erforderlich, daß der klagende Käufer sich zur Rückgabe erbietet. Der Verkäufer hat nur ein Zurückbehaltungsrecht, weil er auch seinerseits nicht vorzuleisten braucht. Die Verurteilung des beklagten Verkäufers erfolgt daher in solchem Falle nur auf Zug-um-Zug-Leistung.

Vgl. Eck, Beiträge zur Lehre von den ädilitischen Klagen in den Juristischen Abhandlungen; Festgabe für Georg Beseler S. 174.

Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, gegen die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises der Käufer auf Grund eines behaupteten Betruges die Unverbindlichkeit des Kaufvertrages geltend macht und deshalb die Abweisung der Klage fordert, so hat der Verkäufer nicht das Recht, sich darauf zu berufen, daß der Käufer seinerseits noch den Kaufgegenstand in Händen habe. Denn es besteht keine Vorschrift, daß der Käufer, um von dieser Einrede Gebrauch machen zu können, seinerseits vorleisten oder doch die Rückgabe angeboten haben müsse. In solchem Falle, wo der Verkäufer den Käufer in den Besitz des Kaufgegenstandes gesetzt, seinerseits aber noch nicht den Kaufpreis erhalten hat, erübrigt für den Verkäufer nur, den Kaufgegenstand im Wege der Klage zurückzufordern. Daß ihm, wie die Revision meint, angesichts der Bestimmungen des §. 293 C.P.O. eine solche Klage nicht zustehe, weil nach rechtskräftiger Abweisung der gegenwärtigen Klage nur der Anspruch auf die eingeklagte Kaufgelderrate rechtskräftig abgewiesen, nicht aber der Kaufvertrag aufgehoben sei, kann nicht anerkannt werden. Es würde ihm vielmehr, je nachdem das Eigentum des Kaufgegenstandes durch die Besitzübergabe an den Käufer übergegangen ist oder nicht, die condictio sine causa oder die Vindikation zustehen, und eine von den Käufern vorgeschützte exceptio rei venditiae et traditae würde durch den Hinweis auf die in diesem Prozesse von ihm abgegebene dispositive Erklärung, daß sie wegen des Betruges des Verkäufers vom Vertrage zurücktreten wollten, beseitigt werden können.

Begründet erscheint dagegen der Angriff, daß das Berufungsgericht zu Unrecht die gegen die Rescission des Vertrages vom 7. September 1886 geltend gemachte Replik,

daß die im Armenrechte streitenden Beklagten nicht imstande seien, das Verkaufsobjekt zu restituieren, nachdem sie das Gut nach Ver-

äußerung des gesamten Inventares wie der gesamten Ernte am 15. Oktober 1888 (richtiger 1887) vollständig leer zurückgelassen hätten,

für unbegründet erachtet habe. Das Berufungsgericht hat diese Replik verworfen, weil die Aufhebung des Kaufvertrages wegen Betruges nicht für den Betrüger, sondern nur für den Betrogenen, hier die Beklagten, einen Wiederherstellungsanspruch begründe. Richtig ist nun zwar, daß der Betrüger wegen des von ihm begangenen Betruges den Kaufvertrag nicht anfechten kann, und richtig ist auch, daß, wenngleich der Betrüger nach erfolgreicher Anfechtung des Vertrages durch den Betrogenen auch seinerseits die Rückgabe des auf Grund des Vertrages Geleisteten fordern kann, er doch in einem Falle, wie er hier vorliegt, in diesem Verfahren seinen Anspruch nicht geltend machen kann. Allein es fragt sich, ob nicht wenigstens unter Umständen der Betrogene seines Rechts, auf Grund des wider ihn begangenen Betruges vom Vertrage zurückzutreten, verlustig geht, wenn er durch teilweise oder gänzliche Veräußerung des gekauften Gegenstandes sich außer stande gesetzt hat, denselben dem Verkäufer wieder zurückgeben zu können.

Nach den Grundsätzen des ädilitischen Edikts, welche auch auf den Fall der Redhibition eines Kaufes wegen Betruges des Verkäufers Anwendung finden, wird zwar die Redhibition nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kaufgegenstand sei es durch Zufall, sei es durch ein Verschulden des Käufers sich verschlechtert hat, untergegangen oder abhanden gekommen ist, es haftet vielmehr im Falle des Verschuldens der Käufer dem Verkäufer nur auf Schadensersatz (vgl. l. 23 pr. l. 25 pr. l. 31 §. 11 Dig. de aed. edicto 21, 1). Dagegen wird man auf Grund der l. 43 §. 8 eod. annehmen können, daß wenn der Käufer durch Veräußerung sich die Redhibition unmöglich gemacht hat, er zu derselben nicht mehr befugt ist. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob dies auch dann anzunehmen ist, wenn er erst nach der Veräußerung Kenntnis von dem wider ihn begangenen Betruge erhalten hat. Denn jedenfalls muß nach den Grundsätzen über Treue und Glauben in dem Falle, wenn der Käufer nach erlangter Kenntnis von dem Betruge den Kaufgegenstand veräußert und sich dadurch in die Unmöglichkeit versetzt hat, seiner eventuellen Verpflichtung, den Kaufgegenstand zurückzugeben, Genüge zu leisten, dem Käufer das Rück-

trittsrecht versagt werden. Es würde als eine Arglist erscheinen, wenn der Käufer, dessen Verpflichtungen hinsichtlich der Aufbewahrung der Sache und der Fruchtgewinnung von derselben (vgl. l. 23 §. 9 Dig. de aed. edicto 21, 1) diejenigen eines sorgsamen Hausvaters sind, die Redhibition verlangen würde, obgleich er sich nach erlangter Kenntnis vom Betruge durch Veräußerung des Kaufgegenstandes außer stande gesetzt hat, denselben dem Verkäufer zurückzugewähren. Was von der Veräußerung des ganzen Kaufgegenstandes gilt, muß aber auch in dem Falle gelten, wenn der Käufer, wie angeblich hier, einen wesentlichen Teil des Kaufgegenstandes, das gesamte Inventar eines Landgutes, veräußert hat. Nun hat allerdings der Kläger nicht ausdrücklich behauptet, daß die Beklagten die Veräußerung nach erlangter Kenntnis von dem Betruge vorgenommen haben. Allein nach Lage der Sache darf angenommen werden, daß der Kläger dies hat behaupten wollen, und wenn das Gericht in dieser Beziehung Zweifel hegte, hätte es vom richterlichen Fragerechte Gebrauch machen müssen (§. 130 C.P.O.). Ob die Handlungsweise der Beklagten anders zu beurteilen sein würde, wenn sie vor der Veräußerung den Kläger erfolglos aufgefordert hätten, die Stelle in dem früheren Zustande wieder zurückzunehmen, kann hier dahingestellt bleiben, da eine derartige Behauptung von den Beklagten nicht aufgestellt ist. Hiernach mußte, wie geschehen, auf die Revision des Klägers das angefochtene Urteil aufgehoben werden."

---

34. Kann die von einem Nichtbevollmächtigten im Namen des Gläubigers vorgenommene Kündigung eines Darlehns dergestalt mit rückwirkender Kraft ratihabiert werden, daß infolge der Ratihabition die Kündigung des negotiorum gestor auch zeitlich als diejenige des dominus gilt?

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Juni 1890 i. S. K. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. III. 73/90.

I. Landgericht Flensburg.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Kläger fordert im Urkundenprozesse vom Beklagten Rückzahlung eines Darlehns. Der Klage angelegt ist ein Schuldschein

des Beklagten vom 1. April 1881 über ein Darlehn von 5000 ℳ, nach welchem dasselbe nach vorausgegangener halbjähriger Kündigung zurückgezahlt werden soll, ferner ein Schreiben eines Rechtskonsulenten J. in S. vom 26. April 1888, nach welchem dieser im Auftrage des Klägers das beregte Kapital kündigte, sowie die Urkunde über die am 28. April 1888 erfolgte Zustellung dieses Schreibens an den Beklagten.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen, weil nicht durch Vorlegung einer Vollmacht nachgewiesen sei, daß J. einen Auftrag des Klägers zur Kündigung wirklich besessen habe.

Der Kläger ist der Ansicht, daß der Beklagte, da er einen Nachweis der Vollmacht nicht verlangt, die Kündigung stillschweigend angenommen habe, daß aber jedenfalls durch Anstellung der Klage abseiten des Klägers nachgewiesen sei, daß die Kündigung in seinem Auftrage erfolgt oder doch von ihm ratihabiert sei.

Beide Vorinstanzen halten den Einwand des Beklagten für begründet, und demnach ist der Kläger mit der erhobenen Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen. Die hiergegen vom Kläger erhobene Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Wenn im Urkundenprozesse geklagt wird, so hat der Kläger nicht bloß die Existenz, sondern auch die Fälligkeit der Forderung nachzuweisen. Erstere wird im vorliegenden Falle durch den Schuldschein vom 1. April 1881 dargethan. Die Fälligkeit der Forderung tritt nach dem Schuldscheine erst nach einer sechs Monate vorher bewirkten Kündigung ein. Auch die letztere, als Voraussetzung der Fälligkeit, muß daher durch Urkunden dargethan werden. Die Kündigung ist im vorliegenden Falle nicht vom Kläger selbst, sondern von dem Rechtskonsulenten J. im angeblichen Auftrage des Gläubigers erfolgt. Daß eine Kündigung durch einen bevollmächtigten Vertreter des Gläubigers wirksam ist, unterliegt keinem Bedenken. Die Nichtvorlegung einer Vollmacht bei der Kündigung beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit der Kündigung, insofern nur der Stellvertreter wirklich bevollmächtigt war. Ob nicht derjenige, dem von einem Stellvertreter gekündigt worden ist, verlangen kann, daß der Vertreter sich ihm gegenüber als Bevollmächtigter ausweist, und ob er nicht, wenn

diesem Verlangen nicht entsprochen wird, befugt ist, die Kündigung als nicht erfolgt anzusehen, kann dahingestellt bleiben. Stellt er solches Verlangen nicht, so ist zwar die Kündigung unter der Voraussetzung, daß der Kündigende wirklich bevollmächtigt war, wirksam, indes kann bei erhobener Klage des Vertretenen der Schuldner immer noch verlangen, daß ihm der Nachweis erbracht werde, daß der Kündigende vom Gläubiger bevollmächtigt war. Deshalb hat der Kläger im Urkundenprozesse durch Urkunden nachzuweisen, daß die Kündigung in seinem Auftrage erfolgt ist, widrigenfalls er Gefahr läuft, daß die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen wird. Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 133, Bd. 13 S. 370. Dies würde dann nicht erforderlich sein, wenn man davon ausgehen dürfte, daß auch die von einem Nichtbevollmächtigten vorgenommene Kündigung dergestalt mit rückwirkender Kraft ratihabiert werden könnte, daß infolge der Ratihabition die Kündigung des negotiorum gestor auch zeitlich als diejenige des dominus gilt. Wäre dies richtig, so bedürfte es des urkundlichen Nachweises des Auftrages nicht. Denn alsdann würde der zweifellos in der Klage enthaltene urkundliche Nachweis der Ratihabition genügen, um den Nachweis der Fälligkeit zu erbringen, wenn, wie hier, urkundlich dargethan ist, daß die Kündigung seitens des Dritten rechtzeitig erfolgt ist.

Allein die Ratihabition der durch einen negotiorum gestor vorgenommenen Kündigung hat nicht die Wirkung, daß die Kündigung als in dem Augenblicke erfolgt anzusehen ist, in welchem sie durch den gestor geschehen ist. Die Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung, durch welche der zur Kündigung vertragsmäßig oder gesetzlich Berechtigte dem Vertragsgenossen seinen Willen kundgiebt, daß das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkte sein Ende erreichen solle. Weil aber dadurch in die Vermögensrechte eines Dritten, nämlich desjenigen, dem gekündigt wird, eingegriffen wird, so braucht dieser letztere eine derartige Erklärung nur zu beachten, wenn sie von einem dazu Berechtigten ausgeht, also entweder von dem Berechtigten selbst oder von seinem gesetzlichen oder beauftragten Stellvertreter abgegeben ist. Erfolgt sie durch einen nicht bevollmächtigten negotiorum gestor, so ist dies rechtlich ein wirkungsloser Akt, der auch nicht rückwärts durch eine spätere Ratihabition des Geschäftsherrn rechtliche Bedeutung erlangen kann, weil die Rati-

habition dem beteiligten Dritten gegenüber nur dann rechtliche Wirkungen erzeugen kann, wenn, wie bei zweiseitigen, zwischen dem gestor und dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäften, der Dritte kraft der von ihm abgegebenen Willenserklärung bis zur Ratihabition durch den Geschäftsherrn bedingt berechtigt oder verpflichtet ist. In solchem Falle ist eine Ratihabition möglich und hat dann auch, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, rückwirkende Kraft. Wo dagegen, wie im Falle der Kündigung, durch die einseitige Erklärung des gestor weder eine bedingte Berechtigung, noch eine bedingte Verpflichtung des Dritten erzeugt wird und auch nicht erzeugt werden kann, weil der Dritte einen Eingriff des unberechtigten gestor in seine Rechtssphäre nicht zu dulden braucht, da kann von einer Ratihabition im eigentlichen Sinne und den ihr eigentümlichen Wirkungen überhaupt nicht die Rede sein. Thatsächlich ist zwar eine Ratihabition der Kündigung durch den Geschäftsherrn möglich. Sie hat aber *als solche* keine rechtliche Bedeutung, mag sie auch wegen der darin dem Schuldner gegenüber liegenden dispositiven Willenserklärung in anderen Beziehungen rechtliche Wirkungen begründen, z. B. die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung nach Ablauf der von der Zeit der Abgabe dieser Willenserklärung zu berechnenden Kündigungsfrist oder das Recht des Schuldners zur Zahlung an dem vom gestor bezeichneten Zeitpunkte.

Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 3 S. 198, und über die für den analogen Fall der Mahnung durch einen gestor bestehende Kontroverse: Madai, Mora S. 51; Wolff, Mora S. 268; Mommsen, Beiträge Bd. 3 S. 52; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 12 S. 865; Kniep, Mora Bd. 1 S. 176 flg.; Ruhstrat in Ihering's Jahrbüchern Bd. 19 S. 287. A. M.: Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 1 §. 54 Note l; Brinz, Pandekten Bd. 2 §. 272 Note 15.

Wie der Fall der Kündigung durch einen negotiorum gestor zu beurteilen wäre, wenn der Schuldner die Kündigung angenommen hätte, kann hier dahingestellt bleiben, da weder eine Annahme der Kündigung urkundlich dargethan, noch auch nur behauptet ist. In der Unterlassung des Widerspruches gegen die Kündigung liegt keine stillschweigende Annahme derselben, da der Schuldner zu einer Erklärung über die Annahme nicht verpflichtet ist.

Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß, wenn man

die Möglichkeit einer Ratihabition im eigentlichen Sinne im Falle der Kündigung durch einen gestor auch zugeben müßte, ihr dann eine rückwirkende Kraft jedenfalls nicht beigelegt werden könnte, weil durch die Zulassung der Rückbeziehung dem Ratihabenten die Befugnis zugesprochen würde, den Schlußtermin einer Frist gegen die Absicht des dieselbe statuierenden Gesetzes oder Rechtsgeschäftes beliebig zu verlängern oder zu verkürzen.

Vgl. Seuffert, Lehre von der Ratihabition S. 33. 72.

Daß dies nicht zulässig ist, wird in den Quellen ausdrücklich anerkannt. Vgl. l. 24 pr. l. 25 pr. §. 1 Dig. ratam rem 46, 8; vgl. über diese Stellen und die anscheinend widersprechende l. 71 §. 1 Dig. de sol. 46, 3: Seuffert, a. a. O. S. 35; Hellmann, Stellvertretung S. 140; Mitteis Stellvertretung S. 140."

---

35. Bildung eines vom gemeinen Rechte abweichenden partikularen Gewohnheitsrechtes. Alimentationspflicht des schuldigen Ehemannes seiner geschiedenen, unschuldigen Ehefrau gegenüber.

III. Civilsenat. Urt. v. 20. Juni 1890 i. S. St. (Kl.) w. St. (Bekl.) Rep. III. 94/90.

I. Landgericht Stade.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Den angeblichen Rechtssatz, daß der als schuldiger Teil anzusehende Ehemann seine geschiedene, unschuldige aber bedürftige Ehegattin bis zu ihrer etwaigen Wiederverheiratung zu alimentieren habe, stützt der Berufungsrichter auf ein durch die Praxis begründetes Gewohnheitsrecht. Er bemerkt dabei, es sei unerheblich, ob diese Praxis den Satz als einen gemeinrechtlichen oder als einen partikularrechtlichen aufgefaßt habe, weil nicht zuzugeben sei, daß ein auf die gemeinsame Überzeugung weiterer Kreise sich gründendes Gewohnheitsrecht, wenn es hier und da Widerspruch erfahren habe und deshalb nicht überall bis an die Grenzen des Reiches vorzudringen vermöge, nun auch in den Gebieten, wo die Übung unbestritten ist, außer Kraft

gesetzt werden müsse. Eventuell nimmt er aber an, daß man in den letzten Erkenntnissen des Oberappellations- und demnächstigen Appellationsgerichtes zu Celle nach der gemeinrechtlichen Geltung des Rechtssatzes nicht gefragt, sondern ihn angewandt habe, weil er gewohnheitsrechtliche Geltung in der Praxis der hannoverschen Gerichte erlangt hatte, also zu einer in unbestrittener Anwendung stehenden partikularrechtlichen Vorschrift geworden sei.

Hiernach geht der Berufungsrichter zunächst davon aus, daß der Satz als ein gemeinrechtlicher zu gelten habe und dem auch nicht entgegenstehe, daß er noch keineswegs in alle Teile des gemeinrechtlichen Gebietes durchgedrungen sei, in einzelnen Teilen desselben also nicht gelte. Dieser Ausgangspunkt ist in der Allgemeinheit, wie er hier genommen, nicht richtig und keinesfalls für einen Fall wie den vorliegenden anzuerkennen. Vielmehr ist umgekehrt davon auszugehen, daß das gemeine Recht als solches ein einheitliches ist und da, wo sich in einzelnen Teilen seines Gebietes Abweichungen gewohnheitsrechtlich fixieren, dieselben nur den Charakter partikularrechtlicher Rechtsnormen haben können. Es ließ sich daher die Frage nicht umgehen, ob dem Satze als einem gemein- oder als einem partikularrechtlichen Geltung zugesprochen werden müsse, und da keinesfalls eine andere als eine gewohnheitsrechtliche Quelle in Betracht kommen kann, ob er auf eine gemeinrechtliche oder eine partikularrechtliche Praxis und Doktrin gestützt werden solle. Nur wenn man den einen und den anderen Standpunkt auseinanderhält, läßt sich die Frage nach der Gültigkeit des Rechtssatzes sicher beantworten.

Daß der vom Berufungsrichter angenommene Satz nicht als ein durch die gemeinrechtliche Praxis im Gegensatze zum römischen Rechte und ohne genügende Stütze im kanonischen Rechte geschaffener Rechtssatz gelten kann, ist vom Reichsgerichte schon wiederholt angenommen und ausgeführt worden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 186 flg.; Seuffert, Archiv Bd. 40 Nr. 117.

Durch die vom Berufungsrichter geltend gemachten Gründe hat man sich zum Abgehen von der bisherigen Ansicht nicht bestimmen lassen können. Mag anzuerkennen sein, daß im Wege der den schuldigen Ehegatten treffenden Vermögensstrafen, wie sie im heutigen Rechte noch Geltung haben, der unschuldigen Ehefrau unter Umständen nur

ein unzureichender Ersatz für das ihr während der Ehe gegen ihren Mann zustehende Alimentationsrecht gewährt wird, so bleibt doch die Thatsache bestehen, daß Doktrin und Praxis es dieser angeblichen „Lücke" gegenüber nicht zu einer festen Rechtsgestaltung gebracht, vielmehr ihre Unfähigkeit dazu durch ein bei der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse und dem Gegensatze des geschriebenen Rechtes nur zu begreifliches Schwanken auf diesem Punkte bekundet haben. Bei einem solchen Schwanken der Ansichten und ihres Ausdruckes in den Entscheidungen, sowohl was den Satz überhaupt, als was seine Voraussetzungen und Tragweite betrifft, läßt sich nicht annehmen, daß ein in den modernen Verhältnissen hervorgetretenes, neues Bedürfnis schon zur Schaffung eines neuen Rechtes geführt habe.

Es kann sich daher nur fragen, ob dem Satze als einem partikularrechtlichen wenigstens für die Provinz Hannover Geltung zuzusprechen ist, wie der Berufungsrichter eventuell unter Verweisung auf eine konstante Praxis des dortigen höchsten Gerichtshofes annimmt. Auch diese Annahme ist indessen mit den Grundsätzen über die Bildung eines Gewohnheitsrechtes, insbesondere eines partikularen Gewohnheitsrechtes, wie es das vorausgesetzte sein müßte, keineswegs vereinbar.

Allerdings ergeben die vom Berufungsrichter aus der hannoverschen Doktrin und Praxis angezogenen Zeugnisse, daß man dort ganz überwiegend schon seit geraumer Zeit die Geltung des fraglichen Satzes prinzipiell angenommen, theoretisch verteidigt und in der Praxis zur Anwendung gebracht hat. Aber auch in dem beschränkten Gebiete der heutigen Provinz Hannover hat wie in dem Gesamtgebiete des gemeinen Rechtes ausweislich der in Bezug genommenen Zeugnisse in betreff der Motive und der Tendenz des Satzes, wie der Voraussetzungen und des Umfanges seiner Anwendung ein beständiges Schwanken stattgefunden, sodaß sich eine aus übereinstimmender Überzeugung erwachsene, nach allen Seiten hin feste Rechtsbildung nicht nachweisen läßt. Zudem tritt in dem vom Berufungsrichter angezogenen Urteile des Appellationsgerichtes zu Celle vom 26. April 1871 der Annahme einer konstanten Rechtsübung ein Zeugnis entgegen, das zwar vereinzelt steht, aber eine erhebliche Bedeutung hat, weil es der früheren Praxis sehr entschieden und mit ausführlicher Begründung entgegentritt und überhaupt anscheinend die letzte Entscheidung ist, die seitens des genannten Gerichtshofes in der Frage ergangen ist. Vor

allem tritt aber der Annahme eines partikularen Gewohnheitsrechtes auf diesem Punkte der Umstand entscheidend entgegen, daß weder aus den Urteilen der Gerichte, noch aus den Ausführungen der Schriftsteller irgendwie ersichtlich ist, daß man gemeint gewesen ist, einen gerade in den hannoverschen Landen geltenden, vom gemeinen Rechte unabhängigen oder wohl gar mit ihm im Widerspruche stehenden Rechtssatz in Übung zu haben und in Anwendung zu bringen. In keinem jener Zeugnisse wird er in Zusammenhang gebracht mit eigentümlichen hannoverschen Rechts- oder thatsächlichen Zuständen, vielmehr zeigt die Geschichte seiner Entwickelung, wie man nach dem Vorgange Pufendorf's zuerst an eine ausdehnende Auslegung des Can. 18 CXXXII qu. 7 angeknüpft, dann die gemeinrechtlichen Grundsätze über Ersatz für schuldvolle Vermögensbeschädigungen oder Alimentationsverpflichtungen zur Begründung des anscheinend von der Billigkeit erheischten Satzes verwertet und sich schließlich auf die hierauf ruhende Praxis berufen, sich aber jedenfalls immer und überall in der Sphäre des (vermeintlich richtig verstandenen) gemeinen Rechtes zu halten geglaubt hat. In dieser Weise kann ein partikuläres Gewohnheitsrecht nicht erwachsen, und es beruht auf Rechtsirrtum, wenn der Berufungsrichter ein solches angenommen hat. Dem gegen die Verurteilung zur Alimentenleistung vom Beklagten gerichteten Rechtsangriffe mußte demnach stattgegeben werden." ...

---

36. Haften Lehnsfolger für die Allodialschulden eines Ascendenten mit den Früchten des Lehns auch dann, wenn sie Seitenverwandte des letzten Lehnsbesitzers und nicht Allodialerben jenes Ascendenten geworden sind?

III. Civilsenat. Urt. v. 16. Septembr 1890 i. S. der Regierung zu Hannover (Kl.) w. den Verwalter im v. R.'schen Konkurse (Bekl.). Rep. III. 221/89.

I. Landgericht Stade.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Hofrat A. L. R. wurde nebst seinen ehelichen Leibeserben männlichen und weiblichen Geschlechtes im Jahre 1735 mit dem Rott-

zehnten zu Kl. B. belehnt. Im Jahre 1802 wurde das Lehn dem Major Karl v. R., einem Enkelsohne des ersten Erwerbers, verliehen. Derselbe starb im Jahre 1809 mit Hinterlassung von zwei Töchtern und eines Sohnes Julius v. R. Die Vormünder dieser Kinder traten die Erbschaft cum beneficio inventarii an. 1810 wurde der Konkurs über das Vermögen des Karl v. R. eröffnet, und es wurden in demselben ohne Widerspruch der Lehnsherrschaft die Einkünfte des gedachten Rottzehntens zur Befriedigung der Gläubiger verwandt. Auf Mutung des Seniors der Familie Fr. A. v. R. wurde am 22. Februar 1823 ein neuer Lehnbrief erteilt, in welchem der Senior zu Mitbehuf der Kinder des letzten Lehnsträgers Karl v. R., als Franziska Emilie, Julius und Karoline v. R., und deren eheliche Nachkommen beiderlei Geschlechtes mit dem Rottzehnten belehnt wurden, unter Ausschluß aller übrigen Nachkommen des ersten Erwerbers. Im Jahre 1838 wurde der Rottzehnten in eine Geldrente verwandelt und diese 1840 durch Zahlung eines Kapitales von 4250 Thlr. abgelöst. Dieses Kapital wurde von dem Abwesenheitskurator des 1819 nach Amerika ausgewanderten Lehnsträgers Julius v. R. belegt und auf Anordnung des Konkursgerichtes deponiert. Die Zinsen wurden zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendet. Im Jahre 1884 wurde von der Finanzdirektion zu Hannover, als Vertreterin der Lehnsherrschaft, ein Aufgebotsverfahren behufs Todeserklärung des verschollenen Julius v. R. eingeleitet und dieser durch Urteil vom 9. Dezember 1885 für tot erklärt. In diesem Verfahren wurden von verschiedenen Seiten Ansprüche an das Lehnskapital angemeldet, und zwar meldeten sich als Lehnsprätendenten Nachkommen des vierten Sohnes des ersten Erwerbers des Lehns, als hypothekarische Gläubiger die Erben einer Gläubigerin des Karl v. R., deren durch Generalpfandrecht gesicherte Forderung z. Z. im Konkurse zur Hebung steht, und die Klägerin, als Vertreterin der Lehnsherrschaft, indem sie behauptete, daß nach der Todeserklärung des Julius v. R. und in Ermangelung ehelicher Nachkommen desselben das Lehn heimgefallen sei. Die vorgenannten Personen und der jetzige Beklagte erhoben Widerspruch gegen den Anspruch der Lehnsherrschaft, und das weitere Verfahren wurde daher bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die einander widersprechenden Ansprüche ausgesetzt. Die Klägerin hat in dem jetzigen Prozesse beantragt: festzustellen, daß dem Beklagten der Klägerin gegenüber das

Recht nicht zustehe, die Einkünfte des v. R.'schen Lehnskapitales zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden, daß vielmehr das Lehn seit dem 15. Juli 1885 an die Klägerin heimgefallen sei, und den Beklagten schuldig zu verurteilen, die hinterlegten Papiere an die Klägerin herauszugeben.

Der Beklagte hat sein Recht auf Verwendung der Zinsen des Lehnskapitales zur Befriedigung der Konkursgläubiger des Karl v. R. darauf gestützt, daß der Kridar den im Prioritätsurteile als Hypothekariern aufgeführten Gläubigern eine Generalhypothek an seinem gesamten Vermögen bestellt habe, welche das Lehn, jedenfalls die Früchte des Lehns mit umfasse, und ferner darauf, daß, da das fragliche Lehn ein Weiberlehn sei, zur Succession in dasselbe die Schwestern des letzten Lehnsbesitzers, Julius v. R., bezw. deren Descendenten berufen und als Descendenten des Kridars Karl v. R. verpflichtet seien, mindestens mit den Früchten des Lehns für dessen Schulden aufzukommen.

Das Landgericht erkannte im übrigen nach dem Klagantrage, wies jedoch den Antrag, den Heimfall des Lehns festzustellen, ab.

Auf Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab.

Die dagegen von der Klägerin eingelegte Revision wurde für begründet erkannt und die gegen das Urteil des Landgerichtes erhobene Berufung des Beklagten verworfen aus folgenden

Gründen:

„Der von dem Revisionsbeklagten erhobene Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der Klägerin, weil die Frage, ob der succedierende Vasall verpflichtet sei, die Allodialschulden des früheren Lehnsbesitzers K. v. R. aus den Früchten des Lehns zu bezahlen, nicht zwischen der Lehnsherrschaft und dem Beklagten zum Austrage gebracht werden könne, vielmehr nur zwischen dem Vasallen und dem Beklagten, erscheint nicht begründet. Nach dem Klagantrage handelt es sich nicht allein um die Feststellung, daß der Beklagte als Verwalter im v. R.'schen Konkurse seit dem 15. Juli 1885 nicht berechtigt sei, die Einkünfte des v. R.'schen Lehnskapitales im Betrage von 12 750 ℳ zur Befriedigung der Gläubiger im v. R.'schen Konkurse zu verwenden, sondern der Klagantrag geht auch dahin, den Beklagten zu verurteilen, dieses Lehnskapital an die Klägerin herauszugeben bezw. in die Aushändigung

der hinterlegten Wertpapiere an die Klägerin zu willigen. Es handelt sich also um die Herausgabe des im Besitze des Beklagten, welcher nicht Vasall ist, befindlichen Lehns. Mit Recht haben beide Vorderrichter angenommen, daß dem Lehnsherrn gegen den Besitzer des Lehns, welcher nicht Vasall ist, die Klage auf Herausgabe des Lehns, auch wenn dasselbe nicht heimgefallen ist, zusteht, weil auch während der Dauer des Lehnsverbandes der Lehnsherr gegen dritte Inhaber des Lehns, welche nicht Vasallen sind, die Rechte des Eigentümers hat.

Mit Recht ist ferner in den Urteilen der Vorinstanzen ausgeführt, daß es Sache des Beklagten sei, ein Recht auf die Verwendung der Früchte des fraglichen Lehnskapitales zu dem angegebenen Zwecke nachzuweisen. Während das Landgericht die sämtlichen in dieser Richtung vom Beklagten geltend gemachten Momente für nicht geeignet erachtet hat, ein solches Recht zu begründen, und daher im wesentlichen nach dem Klagantrage (abgesehen von dem zurückgewiesenen, jetzt nicht mehr interessierenden Antrage auf Feststellung des Heimfalles des Lehns) erkannt hat, ist von dem Oberlandesgerichte angenommen, daß der Anspruch des Beklagten begründet sei, und daher die erhobene Klage abgewiesen.

Der hiergegen von der Revisionsklägerin erhobene Angriff erscheint begründet. Das Oberlandesgericht stellt zunächst fest, daß für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites, soweit lehnsrechtliche Fragen in Betracht kommen, nicht das sächsische, sondern das langobardische Lehnrecht maßgebend sei. Diese auf partikularen Rechtsnormen beruhende Annahme ist nicht revisibel. Das Oberlandesgericht geht sodann davon aus, daß, nachdem der letzte Lehnsbesitzer Julius v. R. durch Urteil vom 9. Dezember 1885 für tot erklärt worden, zur Nachfolge in das Lehn berufen seien die Descendenten der beiden vor ihrem Bruder Julius v. R. verstorbenen Schwestern desselben, Franziska Emilie Karoline und Karoline Sophie v. R., Töchter des Kridars Karl v. R., und nimmt, abweichend von dem Landgerichte, an, daß diese Lehnsfolger verpflichtet seien, die Zinsen des Lehnskapitales als zum Nachlasse des Karl v. R. gehörend behandeln und demnach zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwenden zu lassen. Nachdem das Berufungsgericht ausgeführt hat, daß für das Rechtsverhältnis der Descendenten des Karl v. R. zu dessen Gläubigern die vom Beklagten angerufenen Vorschriften des §. 28 des hannoverschen Gesetzes über die Ablösbarkeit des Lehnsverbandes vom 13. April 1836

als unmittelbar ausschlaggebend nicht angesehen werden können, daß auch in II F. 45 und in der hannoverschen deklaratorischen Verordnung zur Entscheidung mehrerer zweifelhafter Rechtsfragen vom 24. Mai 1822 keine Norm enthalten sei, welche hier direkt anwendbar wäre, weil diese Gesetze direkt nur anwendbar seien, wo in Frage stehe, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Lehnsfolger für die Allodialschulden des letzten Lehnsbesitzers hafte, im vorliegenden Falle es aber um die Frage sich handle, ob und in welchem Maße Lehnsfolger für die Allodialschulden ihres Ascendenten, welcher vor dem letzten Lehnsbesitzer Inhaber des Lehns gewesen ist, einzustehen haben, und zwar auch dann, wenn sie weder mittelbar, noch unmittelbar Allodialerben jenes Ascendenten geworden seien, folgert das Berufungsgericht aus der rechtlichen Natur der Lehnsfolge, daß der Lehnserbe mit den Früchten des Lehns für die Allodialschulden seines Lehnserblassers auch in dem Falle hafte, wenn er nur Teilallodialerbe oder überhaupt nicht Allodialerbe seines Lehnserblassers geworden sei, und daß dasjenige, was in dieser Beziehung von einem Descendenten des letzten Lehnsbesitzers im Verhältnisse zu dessen Gläubigern gelte, auch gelte von einem in das Lehn folgenden Agnaten im Verhältnisse zu den Gläubigern desjenigen früheren Lehnsbesitzers, als dessen Erbe er das Lehn erworben. Das Berufungsgericht gelangt zu dieser Annahme, indem es unter Verwerfung der Ansicht, daß die Lehnsfolge eine successio ex pacto et providentia majorum sei, ausführt, daß jede Lehnsfolge eine successio mortis causa sei.

Diese Ausführungen können jedoch nach den Grundsätzen des langobardischen Lehnrechtes für zutreffend nicht erachtet werden.

Aus den von dem Berufungsgerichte für seine Auffassung der rechtlichen Natur der Lehnsfolge angezogenen Sätzen des Lehnrechtes, daß Verfügungen des Vasallen über das Lehn für ihn und seine gesamte Descendenz bindend sind, und daß im Falle der Verwirkung des Lehns durch Felonie oder Quasi-Felonie des Vasallen auch seine gesamte Descendenz vom Lehne ausgeschlossen wird, folgt nicht, daß die Lehnsfolger auch die Allodialschulden ihrer Ascendenten ohne Rücksicht auf Beerbung aus den Lehnsfrüchten bezahlen müssen. Diese Verpflichtung wird vielmehr nur durch Universalsuccession begründet. Nun sind allerdings die Descendenten nach II F. 45 nicht berechtigt, die Allodialerbschaft aus-

zuschlagen und die Lehnserbschaft anzutreten, sondern verpflichtet, beide Successionen zusammen anzunehmen oder auszuschlagen, und folgt hieraus, daß die Descendenten als Lehnsfolger verpflichtet sind, die Allodialschulden ihrer Ascendenten mit den Lehnsfrüchten zu bezahlen, auch dann, wenn sie nicht unmittelbare Lehnsfolger dessen sind, um dessen Allodialschulden es sich handelt, da mit der Erbschaft ihres Ascendenten auch dessen Verpflichtung, die Schulden seines Ascendenten aus den Früchten des Lehns zu bezahlen, auf sie übergegangen ist. Es folgt hieraus aber nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, daß der Descendent, welcher nicht Allodialerbe seines Lehnserblassers geworden ist, für die Allodialschulden seiner Ascendenten haftet, und daß diese Haftung auch in einem Falle, wie dem vorliegenden, eintrete, wo die zur Succession in das Lehn Berufenen Seitenverwandte des letzten Lehnsbesitzer sind. Denn die vorerwähnten Grundsätze finden dann nicht Anwendung, wenn die Allodial- und die Feudalerbschaft dem Descendenten nicht zugleich deferiert wird, und wenn der Descendent das Lehn nicht unmittelbar durch den Tod seines Ascendenten, sondern als Seitenverwandter des letzten Lehnsbesitzers erhält. Der Agnat erwirbt das Lehn nicht als Erbe des nächsten ihm und dem letzten Lehnsbesitzer gemeinschaftlichen Ascendenten, sondern vermöge der Investitur des ersten Erwerbers, und haftet für die Allodialschulden eines früheren Lehnsbesitzers nur dann, wenn er dessen Allodialerbe geworden ist.

Im vorliegenden Falle sind nun zwar nach der Annahme des Berufungsgerichtes Descendenten des Kridars Karl v. R. zur Nachfolge in das Lehn berufen, allein als Seitenverwandte des letzten Lehnsbesitzers Julius v. R., und sie sind weder Allodialerben des letzten Lehnsbesitzers, noch ihres Ascendenten Karl v. R. geworden, während dessen Töchter zwar die Allodialerbschaft ihres Vaters mit der Rechtswohlthat des Inventares angetreten haben, aber ihnen nicht die Lehnserbschaft deferiert ist, da sie durch ihren Bruder Julius von der Lehnsfolge ausgeschlossen wurden. Bei dieser Sachlage fehlt es an einem die Annahme der Haftbarkeit der zur Lehnsnachfolge Berufenen für die Schulden ihres Ascendenten Karl v. R. mit den Lehnsfrüchten rechtfertigenden Grunde.

Es kann ein solcher auch daraus nicht entnommen werden, wie der Beklagte vermeint, daß der frühere Lehnsbesitzer Karl v. R. seinen

Gläubigern, namentlich der weiland Mamsell St., für deren Forderung, welche jetzt zur Hebung steht, eine Generalhypothek an seinem Vermögen bestellt hat. Denn nach II F. 26 §. 19 ergreift eine von dem Vasallen bestellte Generalhypothek an seinem Vermögen, wenn das Lehn oder die Lehnsfrüchte nicht speziell mitverpfändet sind, das Lehn nicht, und die Lehnsfrüchte nur insoweit sie Teil des Allodialvermögens des Verpfändenden geworden sind, was bezüglich der jetzt in Rede stehenden Früchte des Lehnskapitales nicht der Fall ist.

Es war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichtes zu Stade vom 4. Mai 1888 zurückzuweisen, ohne daß es einer Prüfung und Entscheidung der Frage bedurfte, ob die Annahme des Berufungsgerichtes, daß zur Succession in das Lehn die Descendenten der oben genannten Töchter des Karl v. R. und Schwestern des letzten Lehnsbesitzers berufen seien, begründet sei. Denn sollten nicht diese Descendenten, sondern die Agnaten, welche in dem Verfahren auf Todeserklärung des Julius v. R. Successionsansprüche geltend gemacht haben, die Nachkommen des J. A. R., zur Succession berufen sein, so würden dieselben für die Allodialschulden des Karl v. R. gleichfalls nicht haften, die Klage also ebenfalls begründet sein."

---

37. Kann ein Testament, welches wegen Nichtbeachtung der für schriftliche Testamente vorgeschriebenen Formen als schriftliches Testament ungültig ist, als mündliches Testament aufrechterhalten werden, wenn die für die Errichtung mündlicher Testamente vorgeschriebenen Formen beobachtet sind?

III. Civilsenat. Urt. v. 30. September 1890 i. S. K. (Kl.) w. v. d. O. (Bekl.) Rep. III. 162/90.

I. Landgericht Lüneburg.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Frage ist bejaht aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht, welches mit dem Landgerichte annimmt, daß das vom Dienstknechte Fritz S. am 17. März 1888 errichtete

Testament als schriftliches Testament nicht gültig sei, geht mit dem Landgerichte weiter davon aus, daß dieses Testament als mündliches aufrechtzuerhalten sei, weil die für die Errichtung eines mündlichen Testamentes bestehenden Formvorschriften gewahrt seien, und weil anzunehmen sei, daß die Absicht des Testators nicht lediglich auf die Errichtung eines schriftlichen Testamentes gerichtet gewesen sei.

Der gegen die letztere thatsächliche Feststellung von der Revisionsklägerin erhobene Angriff erscheint nicht begründet.... Geht man aber von der thatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichtes aus, so beruht die Annahme, daß das fragliche Testament als mündliches aufrechtzuerhalten sei, nicht auf einer Verletzung des Gesetzes. Daß die für die Errichtung eines mündlichen Testamentes bestehenden Vorschriften gewahrt sind, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Denn es ist festgestellt, daß die von V. geschriebene Testamentsurkunde in Gegenwart der rogierten sieben Zeugen dem Testator vorgelesen worden ist, und daß dieser auf besonderes Befragen erklärt hat, „es ist so gut" oder „es solle so bleiben, was geschrieben sei". Wenn erweislich die Absicht des Testators ausschließlich auf die Errichtung eines schriftlichen Testamentes gerichtet gewesen wäre, so würde das wegen Nichtbeachtung der für die Errichtung schriftlicher Testamente vorgeschriebenen Formen als schriftliches ungültige Testament allerdings nicht deshalb aufrechtzuerhalten sein, weil die Formen eines mündlichen Testamentes beobachtet sind. Wenn es dagegen zweifelhaft ist, in welcher von beiden Formen der Testator hat verfügen wollen, ob die bei der Errichtung eines Testamentes aufgenommene Urkunde zum Zwecke des Beweises eines mündlichen Testamentes oder zum Zwecke der Errichtung eines schriftlichen Testamentes aufgenommen worden ist, so ist für diejenige Testamentsform zu entscheiden, bei welcher die Aufrechterhaltung des letzten Willens des Testators möglich ist, in einem Falle wie dem vorliegenden also der letzte Wille als mündliches Testament aufrechtzuerhalten."

38. Unter welchen Voraussetzungen ist der Arrestkläger zum Ersatze des dem Arrestbeklagten durch einen für ungerechtfertigt erkannten Arrest entstandenen Schadens verpflichtet?

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Oktober 1890 i. S. W. (Kl.) w. Witwe B. u. A. B. (Bekl.) Rep. III. 107/90.

I. Landgericht Hildesheim.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Beklagten, die Witwe B. und der Ökonom A. B., beantragten bei dem Amtsgerichte Bockenem die Verhängung des dinglichen Arrestes gegen den jetzigen Kläger wegen der ihnen gegen denselben zustehenden Hypothekenforderungen von 6000 ℳ bezw. 2050 ℳ nebst Zinsen. Als Arrestgrund machten sie geltend, es sei zu besorgen, daß die Vollstreckung des demnächst über ihre Forderungen zu erlassenden Urteiles ohne Verhängung des Arrestes werde vereitelt oder wesentlich erschwert werden, weil ihr Schuldner, welcher die fälligen Zinsen nicht bezahlt habe, nach der Kündigung der Forderungen seine bewegliche Habe von dem verpfändeten Gute fortschaffen lasse, namentlich Möbel, Vieh und Dünger verkauft habe. Das Amtsgericht erkannte den beantragten Arrest, und derselbe wurde vollzogen. Auf Widerspruch des Arrestbeklagten wurde der Arrest in der Berufungsinstanz von dem Landgerichte Hildesheim aufgehoben, weil mit Rücksicht auf den Wert des den Arrestklägern verpfändeten Gutes des Schuldners die vorausgesetzte Besorgnis der Vereitelung oder Erschwerung der Zwangsvollstreckung nicht vorliege.

Der Arrestbeklagte erhob nun Klage auf Ersatz der durch die Anlegung und Vollziehung des Arrestes ihm entstandenen Kosten und Schäden. Er stützte die Klage zunächst darauf, daß der Arrest als ungerechtfertigt aufgehoben sei, eventuell auf arglistiges und schuldvolles Verhalten der Beklagten bei der Beantragung und Vollziehung des Arrestes.

Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht verurteilte die Beklagten zur Erstattung der durch die Anlegung und Vollziehung des Arrestes entstandenen Kosten, wies dagegen die Klage, soweit sie den Ersatz des Schadens betrifft, ab.

Die hiergegen vom Kläger eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht geht, in Übereinstimmung mit dem Landgerichte, davon aus, daß der Gläubiger, welcher einen Arrest erwirkt hat, falls der Arrest auf Widerspruch des Schuldners als ungerechtfertigt aufgehoben wird, ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, verpflichtet sei, dem Schuldner sämtliche durch die Anlegung und die Vollziehung des Arrestes verursachten Kosten zu erstatten, daß dagegen nach den hier maßgebenden Grundsätzen des gemeinen Rechtes durch die Erwirkung eines für ungerechtfertigt erkannten Arrestes eine Schadensersatzpflicht des Gläubigers nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung begründet werde, daß den Arrestsucher bei der Erwirkung des Arrestes der Vorwurf eines schuldvollen oder gar dolosen Verhaltens treffe. Das Berufungsgericht hat demgemäß, indem es feststellt, daß nach den feststehenden thatsächlichen Verhältnissen sowohl ein Dolus, wie ein Verschulden der Beklagten für widerlegt zu halten sei, die Beklagten zur Zahlung der durch die Anlegung und die Vollziehung des Arrestes entstandenen Kosten verurteilt, dagegen den Anspruch des Klägers auf Ersatz des ihm angeblich durch die Arrestanlage verursachten Schadens abgewiesen.

Der hiergegen von dem Revisionskläger erhobene Angriff ist nicht begründet, die von dem Berufungsgerichte seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Ansicht vielmehr zu billigen.

Da in der Civilprozeßordnung keine Bestimmungen darüber sich finden, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger, welcher einen Arrest erwirkt hat, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, welcher dem Schuldner, abgesehen von den Kosten der Anlegung und Vollziehung des Arrestes, durch den für ungerechtfertigt erkannten und aufgehobenen Arrest entstanden ist, so ist diese Frage nach den Grundsätzen des in jedem Falle maßgebenden Landesrechtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 377 flg., Bd. 11 S. 417; Seuffert, Archiv Bd. 44 S. 406,

im vorliegenden Falle nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes zu beantworten. Diese Frage ist im gemeinen Rechte seit langer Zeit streitig. Während früher in Doktrin und Praxis die Ansicht überwiegend vertreten war, daß der durch einen für ungerechtfertigt er-

kannten und daher wieder aufgehobenen Arrest dem Arrestbeklagten verursachte Schaden von dem Arrestkläger unbedingt zu ersetzen sei, ohne Rücksicht darauf, ob ihn bei Erwirkung des Arrestes ein arglistiges oder schuldvolles Verhalten zur Last fällt, ist in neuerer Zeit die Ansicht zur Geltung gelangt und als die herrschende zu bezeichnen, daß in dem vorausgesetzten Falle eine Verpflichtung des Arrestklägers zum Schadensersatze nur dann eintritt, wenn ihn der Vorwurf eines arglistigen oder schuldvollen Verhaltens bei der Erwirkung des Arrestes trifft. Dieser letzteren Ansicht ist beizutreten.

Da es im gemeinen Rechte an einer bestimmten, gesetzlichen Vorschrift über die Verpflichtung des Arrestklägers zum Schadensersatze fehlt (indem namentlich in der Vorschrift des Reichsabschiedes von 1594 §. 87 eine solche nicht enthalten ist), so sind für die Beantwortung der zur Entscheidung stehenden Frage die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechtes über die Verpflichtung zum Schadensersatze bei außerkontraktlichen Verhältnissen maßgebend. Nach diesen muß aber die aufgeworfene Frage aus folgenden Erwägungen, wie vom Berufungsgerichte geschehen, beantwortet werden.

Weil durch das Gesetz, jetzt durch die §§. 796 flg. C.P.O., dem Gläubiger gestattet ist, unter den im Gesetze aufgestellten Voraussetzungen die Anordnung des dinglichen oder persönlichen Arrestes gegen den Schuldner zu beantragen, so ist die Erwirkung des Arrestes an sich eine erlaubte Handlung, obgleich durch die Anordnung des Arrestes tief in die Privatrechtssphäre des Schuldners eingegriffen und die Gefahr der Schädigung seines Vermögens herbeigeführt wird. Derjenige, welcher von diesem ihm durch das Gesetz gewährten Rechtsbehelfe zum Schutze seiner Vermögensinteressen Gebrauch macht, kann für den dadurch dem Schuldner entstehenden Schaden nur verantwortlich sein, wenn er dieses ihm gesetzlich zustehende Recht mißbraucht, wenn ihm bei dessen Anwendung Arglist oder Fahrlässigkeit zur Last fällt. Denn derjenige, welcher eine an sich erlaubte Handlung, die einen schadenbringenden Erfolg für einen Anderen hat, vornimmt, ist zum Ersatze des Schadens nur dann verpflichtet, wenn ihn bei Ausübung des Rechtes ein Verschulden trifft. Wird der auf Antrag des Gläubigers vom Gerichte angeordnete Arrest auf Widerspruch des Schuldners als nicht gerechtfertigt aufgehoben, oder wird die Forderung des Gläubigers, zu deren Sicherung der Arrest verhängt

worden ist, im Hauptverfahren als unbegründet abgewiesen, so stellt sich die Handlung des Arrestklägers zwar als eine objektiv rechtswidrige dar, dadurch wird jedoch noch nicht die Verpflichtung des Arrestklägers zum Ersatze des durch die Anlegung des Arrestes dem Schuldner verursachten Schadens begründet. Diese setzt vielmehr das Hinzutreten eines Verschuldens voraus; es muß ein subjektives Unrecht, eine verschuldete Rechtsverletzung vorliegen.

Vgl. Ihering, Schuldmoment S. 6. 40.

Denn der Umstand, daß jemand durch seine Handlung objektiv ein fremdes Recht verletzt, begründet zwar einen Anspruch auf Aufhebung des objektiv unrechtmäßigen sachlichen Zustandes, genügt aber nicht, um eine Verpflichtung des Handelnden zur Aufhebung der nachteiligen Folgen der That, zum Schadensersatze zu begründen; es muß vielmehr, um diese Verpflichtung zu begründen, ein weiterer Rechtsgrund hinzutreten, und zwar bei den hier nur interessierenden, außerkontraktlichen Verhältnissen Arglist oder Kulpa.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 221.

Die Streitfrage, ob nach dem heutigen gemeinen Rechte eine allgemeine Verpflichtung zum Schadensersatze auch wegen kulposer Vermögensbeschädigungen bestehe, indem anzunehmen sei, daß die Grundsätze des römischen Rechtes über die lex Aquilia auf alle Vermögensbeschädigungen Anwendung finden, oder ob die Haftung nach der lex Aquilia selbst in ihrer weitesten Ausdehnung beschränkt geblieben und auch im heutigen Rechte noch beschränkt sei auf den Fall eines durch positives Handeln in Beziehung auf eine körperliche Sache herbeigeführten Schadens,

vgl. Urt. des R.O.H.G.'s in Seuffert, Archiv Bd. 29 S. 45; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 9 S. 163,

kann unentschieden bleiben. Denn geht man auch von der ersteren Ansicht aus, so setzt die actio legis Aquiliae und die an sie sich anschließende actio in factum voraus, daß die schädigende Handlung dem Beschädigenden zur Schuld angerechnet werden kann. Es muß wenigstens levis culpa vorliegen, also eine Fahrlässigkeit, ein schuldvolles Verhalten, bei welchem die Sorgfalt und Aufmerksamkeit unbeachtet gelassen ist, welche von einem ordentlichen Hausvater angewendet wird und verlangt werden muß.

Vgl. l. 5 §. 1. ll. 31. 44 Dig. ad leq. Aquil. 9, 2; §§. 3. 14 Inst. de leg. Aqu. 4, 3.

Es würde also der Arrestkläger bei Anwendung der Grundsätze der lex Aquilia für den durch den ungerechtfertigten Arrest dem Schuldner entstandenen Schaden nur dann ersatzpflichtig sein, wenn ihm bei der Erwirkung des Arrestes wenigstens levis culpa zur Last fiele, nicht aber ohne weiteres infolge der Thatsache, daß der Arrest als ein nicht gerechtfertigter wieder aufgehoben worden ist.

Geht man dagegen von der entgegengesetzten Ansicht aus, so würde allerdings nach den allgemeinen Grundsätzen der Arrestkläger nur wegen eines arglistigen Verhaltens zum Schadensersatze verpflichtet sein, weil das römische Recht eine Haftung für bloße culpa außerhalb bestehender Rechtsverhältnisse nur auf dem Gebiete der Sachbeschädigung kennt, nur die Haftung für dolus eine ganz allgemeine ist, ohne Rücksicht auf die Art und den Gegenstand der Beschädigung. Allein nach einer langjährigen, feststehenden Praxis wird eine Klage auf Schadensersatz gegen den Arrestkläger schon dann zugelassen, wenn ihm auch nur leichtes Verschulden (levis culpa) bei Erwirkung des Arrestes zur Last fällt.

Danach ergiebt sich, daß nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen eine Verpflichtung des Arrestklägers zum Ersatze des dem Schuldner durch einen für ungerechtfertigt erkannten Arrest entstandenen Schadens nur dann eintritt, wenn sein Verhalten bei Erwirkung des Arrestes ein schuldvolles, arglistiges oder fahrlässiges war, wenn er das über seinen Antrag auf Anordnung des Arrestes erkennende Gericht über das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Anordnung des Arrestes entweder absichtlich getäuscht oder dieses zwar unabsichtlich gethan hat, aber sich selbst oder den Richter über das Vorhandensein und die Richtigkeit der das Arrestgesuch begründenden Thatsachen nicht mit der von einem ordentlichen Hausvater zu erwartenden Sorgfalt unterrichtet und vergewissert hat, wenn sonach er die ihm obliegende Aufmerksamkeit, bei deren Anwendung ein vorsichtiger Mann von der Anlegung des Arrestes Abstand genommen haben würde, versäumt hat. Dabei wird ihm aber ein entschuldbarer Irrtum zugute gehalten werden müssen, sofern dadurch nach Lage der Sache der Vorwurf einer ihm zur Last fallenden Verschuldung beseitigt wird. Denn ist die beschädigende Handlung von demjenigen, welcher sie begangen hat, aus entschuldbarem Irrtume

für erlaubt gehalten, so ist derselbe zum Schadensersatze nicht verpflichtet, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit in bezug auf die Handlung ausgeschlossen sind.[1]

Diese Grundsätze sind auch in der Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe zur Anwendung gekommen,

vgl. namentlich das Urteil des Oberappellationsgerichtes zu Rostock, in dessen von Buchka und Budde herausgegebenen Entscheidungen Bd. 2 S. 223 flg.,

und für das preußische Recht (für welches im wesentlichen dieselben Gesichtspunkte in Betracht kommen wie für das gemeine Recht) von dem früheren preußischen Obertribunale durch den Plenarbeschluß vom 7. Januar 1850,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 19 S. 111,

von dem Reichsoberhandelsgerichte,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 21 S. 70,

und von dem I. und IV. Senate des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 374, Bd. 16 S. 328,

als die maßgebenden anerkannt.

Vgl. für das französische Recht Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 301.

Der in einer die vorliegende Streitfrage eingehend behandelnden Abhandlung (mitgeteilt in Gruchot, Beiträge Bd. 32 S. 161 flg.), auf welche der Revisionskläger zur Begründung seiner Revision Bezug genommen hat, aufgestellte Satz:

„Die Rechtswidrigkeit des Arrestes, mag sie nun schon im Arrestverfahren oder erst im Hauptprozesse zu Tage getreten sein, begründet die Schadenserstattungspflicht, von der sich der Arrestleger nur befreien kann, wenn er den Beweis zu führen vermag, daß der Beschädigte durch eigenes Verschulden das gegen ihn eingeleitete Verfahren und den dadurch verursachten Schaden veranlaßt habe,"

[1] Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. 2 §. 455 N. 3; Archiv für civilist. Praxis Bd. 39 S. 67 flg.; Pernice, Sachbeschädigung S. 193. 194; Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 13 S. 281 flg.; Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 12 S. 195 flg., Bd. 19 S. 211; Rechtspr. des R.G.'s Bd. 6 S. 481, Bd. 9 S. 471; Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1890 S. 229 N. 9; Motive zu §§. 704 flg. 707 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 724 flg. 731. D. E.

kann als ein Satz des geltenden gemeinen Rechtes nicht angesehen werden. Es wird in dieser Abhandlung zwar davon ausgegangen, daß die nicht auf das Gebiet der Vermögensbeschädigung in bezug auf eine körperliche Sache beschränkte und daher auch im vorliegenden Falle anwendbare actio in factum ein Verschulden dessen, welcher in fremde Vermögensrechte schädigend übergegriffen hat, voraussetze; es wird aber das zur Entschädigung verpflichtende Schuldmoment gefunden in dem Bewußtsein, in ein fremdes Vermögensgebiet einzugreifen, obgleich man wußte oder wissen mußte, daß dadurch Schaden entstehen könne, indem der allgemeine Grundsatz aufgestellt wird:

„Das bewußte Übergreifen in ein fremdes Rechtsgebiet (fremde Vermögensrechte) macht verantwortlich für den schadenbringenden Erfolg, welcher vorausgesehen werden konnte und mußte, es sei denn, daß der Handelnde zur Vornahme der schadenbringenden Handlung berechtigt ist oder die vom Beschädigten erteilte (die injuria aufhebende) Erlaubnis ihn von der Verantwortlichkeit befreit hat."

Dieser den Ausgangspunkt und die Grundlage der weiteren Ausführungen bildende Satz entspricht jedoch nicht den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Verpflichtung zum Schadensersatze und namentlich nicht den für die actio legis Aquiliae und die an sie sich anschließende actio in factum geltenden Normen. Nach diesen ist für die Verpflichtung zum Schadensersatze mindestens ein kulposes Verhalten dessen, welcher schädigend in fremde Vermögensrechte eingegriffen hat, erforderlich. Eine Kulpa wird aber nicht schon durch das bloße Bewußtsein, in fremde Vermögensrechte einzugreifen und dadurch einen schadenbringenden Erfolg herbeiführen zu können, begründet, sondern sie setzt voraus, daß dem Handelnden bei seiner Handlung eine Nachlässigkeit, eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, daß er bei seinem Handeln die Sorgfalt und die Aufmerksamkeit versäumt hat, welche von einem ordentlichen Hausvater (diligens paterfamilias) erwartet werden. Die Verantwortlichkeit für den Schaden entspringt nicht schon „aus dem Willen, die voraussichtlich schadenbringende Handlung nicht zu unterlassen, obwohl man weiß oder wissen muß, daß damit in fremdes Rechtsgebiet übergegriffen wird", sondern sie tritt nur ein, wenn dem Handelnden der Vorwurf zu machen ist, daß er bei dieser Willensbestimmung und deren Ausführung sich eine Fahrlässigkeit hat zu

schulden kommen lassen, wenn er bei Anwendung der Aufmerksamkeit und Sorgfalt, welche von einem ordentlichen Hausvater erwartet und angewendet werden, von der Handlung hätte Abstand nehmen müssen.

Aus den Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Sicherheitsleistung, insbesondere aus §. 801, kann nicht allgemein die unbedingte Haftpflicht des Arrestklägers für den durch die Arrestanlegung dem Schuldner entstandenen Schaden hergeleitet werden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 380.

Ob und inwieweit aber eine solche Verpflichtung in dem Falle anzunehmen sei, wenn das Gericht nur unter Sicherheitsleistung den Arrest angeordnet und der Arrestkläger Sicherheit geleistet hat, kann hier dahingestellt bleiben, da im vorliegenden Falle der Arrest ohne Sicherheitsleistung angeordnet ist.

Es kann endlich auch aus den über die Verpflichtung der unterliegenden Partei zum Ersatze der Prozeßkosten geltenden Rechtsnormen die unbedingte Haftung des Arrestklägers für den durch die Anlegung des ungerechtfertigten Arrestes erwachsenen Schaden nicht gefolgert werden. In dem Urteile des III. Civilsenates vom 3. Oktober 1882,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 18,

(welches übrigens einen von dem vorliegenden wesentlich verschiedenen, auf den Besonderheiten des Musterschutzgesetzes vom 11. November 1876 beruhenden Fall betraf) ist allerdings der Satz aufgestellt: „Das römische Recht legt der im Civilprozesse unterliegenden Partei, ohne Rücksicht auf deren Verschulden, die Pflicht auf, dem obsiegenden Gegner allen durch den angestrengten Prozeß entstandenen Schaden zu ersetzen; zu diesem Schaden gehören vorzugsweise die Prozeßkosten, aber auch alle Nachteile, welche dem Sieger dadurch erwachsen sind, daß er durch den rechtswidrigen Eingriff des Unterliegenden in sein Rechtsgebiet an der freien Verfügung über sein Vermögen oder Teile desselben verhindert worden ist." Allein es ist an diesem Satze nicht festzuhalten, weil die in §. 1 Inst. de poen. tem. litig. 4, 16, worauf derselbe beruht, enthaltene Bestimmung, da sie als ein Prozeßgesetz anzusehen ist, für das heutige Recht keine Geltung mehr hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 419.

Besteht aber für das ordentliche Prozeßverfahren nicht der Satz, daß die unterliegende Partei der obsiegenden ohne Rücksicht auf ein ihr

bei der Prozeßführung zur Last fallendes Verschulden allen der letzteren durch den Prozeß entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen habe, so kann auch aus der besonderen Natur des Arrestprozesses eine solche Verpflichtung nicht hergeleitet werden. Zweifellos ist der Arrest ein sehr gefährlicher Rechtsbehelf, weil durch denselben, bevor noch über den Anspruch, zu dessen Sicherung er dienen soll, entschieden ist, tief in die Privatrechtssphäre des Arrestbeklagten eingegriffen wird, und die große Gefahr entsteht, daß demselben, falls der Arrest später als nicht gerechtfertigt aufgehoben wird, ein möglicherweise sehr erheblicher Vermögensschaden zugefügt wird. Diese Rücksicht muß den Gesetzgeber veranlassen, die Verhängung des Arrestes an die Interessen des Schuldners thunlichst schützende Voraussetzungen zu knüpfen, und den Richter, welcher über das Arrestgesuch zu erkennen hat, verpflichten, mit der größten Strenge bei Prüfung der Frage zu Werke zu gehen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anlegung des Arrestes gegeben und glaubhaft gemacht sind. Jene Erwägung kann den Gesetzgeber veranlassen, abweichend von den allgemeinen Normen über die Verpflichtung zum Schadensersatze, zu bestimmen, daß der Arrestkläger in jedem Falle, wo der Arrest später als nicht gerechtfertigt aufgehoben wird, sei es weil es an dem Arrestgrunde fehlt, sei es weil der Hauptanspruch als nicht begründet erkannt wird, ohne weiteres dem Beklagten den ihm durch die Anlegung des Arrestes verursachten Schaden zu ersetzen habe. Wenn dieses aber, wie im gemeinen Rechte, nicht geschehen ist, darf man nicht denjenigen, welcher im guten Glauben des ihm durch das Gesetz gewährten Rechtsbehelfes sich bediente, welchem keinerlei Verschulden bei dem Antrage auf Anordnung des Arrestes zur Last fällt, für den Schaden, welcher durch die Anlegung des Arrestes entstanden ist, mit Rücksicht auf die summarische Natur des Verfahrens verantwortlich machen; es kann dieses vielmehr auch hier nur dann geschehen, wenn die aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht vorliegen." . . .

III. Preußisches Recht.

39. Ist der Käufer zur Abnahme der Ware und bei Käufen mit vorbehaltener Spezifikation zur vorgängigen Vornahme der Spezifikation verpflichtet?

A.L.R. I. 5 §. 270 und I. 11 §. 215.

I. Civilsenat. Urt. v. 24. Juni 1889 i. S. M. (Bekl.) w. B. M. & Co. (Kl.) Rep. I. 133/89.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die beklagte Handlung, welche von der Klägerin 15 000 Pfund Mitchell Fawn Garn zu einem bestimmten Grundpreise per Pfund, lieferbar nach der von der Beklagten vorzunehmenden Spezifikation gekauft hatte, aber die Spezifikation und Abnahme der restlichen 3000 Pfund Garn verweigerte, war in zweiter Instanz verurteilt, diese 3000 Pfund Garn der Klägerin zu spezifizieren, die spezifizierte Ware der Klägerin abzunehmen und dagegen der Klägerin den Grundpreis der Ware sowie den je nach der Spezifikation besonders festzustellenden Mehrpreis zu zahlen.

In der auf die Revision der Beklagten ergangenen Entscheidung wurde zunächst bemerkt, daß kein Grund vorliege, in betreff der Beurteilung der rechtlichen Natur von Verträgen der vorliegenden Art im allgemeinen und insbesondere auch bezüglich der Frage, ob sie als perfekte Kaufgeschäfte aufzufassen sind, von der konstanten Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 15 S. 146 flg., Bd. 16 S. 204 flg., Bd. 18 S. 48 flg., Bd. 22 S. 5 flg.,

und des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 95 flg., Bd. 14 S. 243 flg.,

abzugehen.

Nach Widerlegung verschiedener Revisionsangriffe heißt es sodann in den

Gründen:

... „Es fragt sich hiernach noch, ob — wie der Berufungsrichter annimmt — die Beklagte nicht allein zur Zahlung des Grundpreises für die nicht spezifizierten 3000 Pfund Garn, sondern auch zur Spezifikation und zur Abnahme des Garnes sowie je nach der Spezifikation zur Zahlung des demgemäß besonders festzustellenden Mehrpreises verurteilt werden durfte. Es entspricht dies einer Entscheidung des vormaligen Reichsoberhandelsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 16 S. 206,

indem dort in einer sächsischen Sache angenommen wurde, die vertragsmäßige Verpflichtung des Käufers zur Spezifikation sei ein zulässiger Gegenstand der Verurteilung, die Einwendung des Beklagten, es sei nicht abzusehen, welchen praktischen Erfolg eine Verurteilung des Beklagten zur Vollziehung der Spezifikation bei dessen fortgesetzter Weigerung haben möge, verkenne, daß gegen ihn nach §. 71 des (sächsischen) Exekutionsgesetzes vom 28. Februar 1838 behufs Vornahme der ihm obliegenden Handlung rechtlicher Zwang angewendet werden könne, und daß äußersten Falles den Klägern das Recht verbleibe, wegen Nichtleistung der Handlung Schadensersatz zu fordern. Der III. Civilsenat des Reichsgerichtes hat dagegen,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 243 flg.,

in einem dem gegenwärtig vorliegenden durchaus ähnlichen gemeinrechtlichen Falle die Klage auf Verurteilung zur Erteilung der Spezifikation und zur Abnahme der Ware für unzulässig erklärt, weil die Abnahme einer ihm gebotenen Leistung ein Recht des Gläubigers, aber keine Pflicht desselben sei, zu deren Erfüllung er im Wege der Klage angehalten werden könne, welcher gemeinrechtliche Grundsatz auch durch Art. 346 H.G.B. nicht in Frage gestellt werde, da der letztere über die Folgen der Nichtannahme der vertragsmäßig

beschaffenen Ware keine Bestimmung treffe; gebe es aber keine Klage auf Abnahme der Ware, so könne auch nicht auf die, lediglich eine Voraussetzung der Erfüllung bildende Spezifikation geklagt werden, und bleibe dem Verkäufer nur übrig, auf Zahlung des Grundpreises zu klagen.

Der Berufungsrichter erklärt nun, er könne sich dieser Ansicht des Reichsgerichtes nicht anschließen, und führt aus, die Klägerin habe das Recht, von der Beklagten Erfüllung zu fordern, und zwar dem Inhalte des Vertrages gemäß. Dieses Recht zu verfolgen, gewährten die Gesetze aber auch die Mittel, und es würde den allgemeinen Grundsätzen über die Ausübung von Rechten widersprechen, wenn die Beklagte nur das Recht und nicht auch die Pflicht hätte, zu spezifizieren und demnächst die Ware abzunehmen; die Ausübung des Rechtes der Klägerin erfordere nicht bloß, daß Beklagte Zahlung leiste, sondern die Klägerin habe vielleicht auch ein Interesse an der Abnahme, z. B. um ihrem Fabrikate eine weitere Verbreitung zu verschaffen. Aus dem für die Beklagte im Vertrage begründeten Rechte der Abnahme folge auch ihre Pflicht zur Leistung des von ihr kontraktlich Übernommenen. Die Möglichkeit der Verfolgung dieses Rechtes seitens der Klägerin im Wege der Zwangsvollstreckung biete der §. 774 C.P.O., und die Möglichkeit, daß bei fortgesetzter Weigerung der Beklagten, die Spezifikation vorzunehmen, auch dies nicht zu einem praktischen Erfolge führe, und die Klägerin genötigt werden, könne, wegen der nichtgeleisteten Handlung Schadensersatz zu fordern, komme nicht in Betracht. Übrigens entspreche die Gewährung einer Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware auch dem Bedürfnisse des Verkehres, wie der Umstand zeige, daß dieselbe in §. 459 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches als zulässig anerkannt sei.

Dieser Argumentation des Berufungsrichters kann nun zwar keineswegs durchweg beigetreten werden. Aber die betreffende Entscheidung selbst erweist sich als richtig aus folgenden Gründen.

Es ist mit dem III. Civilsenate des Reichsgerichtes in der angezogenen Entscheidung davon auszugehen, daß (wie auch bereits vom II. Civilsenate,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 392 flg.,

angenommen ist) der Art. 346 H.G.B. nicht die Bedeutung hat, ein Klagerecht des Verkäufers auf Abnahme oder Empfangnahme der

Ware einzuführen, und daß überhaupt das Handelsgesetzbuch über die hier vorliegende Frage keine Bestimmungen enthält. Es kommt mithin in dieser Beziehung auf das im einzelnen Falle anwendbare allgemeine bürgerliche Recht, im vorliegenden Falle daher auf das preußische Allgem. Landrecht an, welches in §. 215 I. 11 bestimmt:

„Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übernehmen, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig",

und dessen §. 270 I. 5 lautet:

„In der Regel müssen die Verträge ihrem ganzen Inhalte nach erfüllt werden".

Mit dem erstgedachten Paragraphen beginnen aber nach dem Marginale die Bestimmungen über die Verbindlichkeiten des Käufers, und es kann hiernach die Annahme keinem Bedenken unterliegen, daß nach preußischem Rechte der Käufer dem Verkäufer gegenüber ganz allgemein gesetzlich die Verpflichtung hat, die gekaufte Sache diesem abzunehmen, in welchem Sinne der §. 215 A.L.R. I. 11 auch von den Verfassern der Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich verstanden wird (vgl. a. a. O. Bd. 2 S. 317 zu §. 459) und von den meisten Kommentatoren des Landrechtes verstanden zu werden scheint. Wenn Dernburg (Preußisches Privatrecht 4. Aufl. Bd. 2 S. 150 unter Nr. 3) bemerkt, der Käufer sei zur Abnahme verpflichtet, wenn dies die Absicht der Vertragschließenden — sei es nun die ausdrücklich ausgesprochene oder sich aus der Natur des Geschäftes oder der Natur oder Beschaffenheit der Ware ergebende — sei, so erscheint diese Beschränkung nicht gerechtfertigt, da das Gesetz ganz allgemein, also auch ohne eine desfallsige besondere Absicht der Kontrahenten, die Verpflichtung des Käufers statuiert. Besteht aber eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Ware, so folgt daraus auch eine Verpflichtung desselben zur Vornahme der Spezifikation, da diese letztere bei Kaufgeschäften der hier vorliegenden Art die notwendige Mitwirkung des Käufers zur Ermöglichung der Lieferung und Abnahme des Kaufobjektes bildet.

Die mehrgedachte Entscheidung des III. Civilsenates des Reichsgerichtes steht dem nicht entgegen, da dieselbe lediglich für das gemeine Recht erlassen ist, und es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob derselben beizutreten sein würde." . . .

40. Gültigkeit einer Versicherung gegen Hagelschaden, wenn der auf seinen eigenen Namen versichernde Grundeigentümer die betreffende Ernte (Weidennutzung) bereits vorher an einen Dritten verpachtet oder verkauft hatte, aber seinerseits im Besitze geblieben war und mit dem Dritten verabredet hatte, daß er in eigenem Namen versichern sollte, der Dritte aber ihm die Prämie zu erstatten und dagegen von ihm den etwaigen Entschädigungsbetrag zu erhalten habe?

A.L.R. I. 5 §. 165, I. 9 §. 221, I. 11 §. 95, I. 21 §§. 2. 500. 518. 561. 571, II. 8 §§. 1983. 1987. 2024 flg. 2069. 2070. 2071.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Dezember 1889 i. S. des Fürsten zu C.-B. (Kl.) w. die Hagelversicherungsbank für Deutschland (Bekl.). Rep. I. 261/89.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger, welcher für das Erntejahr 1886 die dem Majorat Carolath gehörigen Weiden auf den in den Feldmarken O. und L. belegenen Ländereien laut Police vom 9. Mai 1886 gegen Hagelschlag bei der Beklagten, einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Gesellschaft, in Höhe von 10 709,81 ℳ versichert hatte, erlitt am 8. Juli 1886 an den versicherten Weidenpflanzungen einen Hagelschaden, zu dessen Ersatze die Beklagte sich nicht für verpflichtet erachtete, weshalb Kläger sie gerichtlich in Anspruch genommen hat. Im übrigen ergiebt sich der Sachverhalt, soweit er hier in Frage kommt, aus den

Gründen:

... „Die Beklagte hat geltend gemacht, daß der Kläger bereits vor der Versicherungsnahme die versicherte Weidennutzung des Jahres 1886 an den Weidenhändler L. in B. verpachtet gehabt habe, was vom Kläger unter Vorlegung des hierüber abgeschlossenen schriftlichen Vertrages eingeräumt ist. Hieraus folgert die Beklagte, daß die Versicherung ungültig sei, da infolge der Verpachtung nicht Kläger, sondern L. die Gefahr des Hagelschadens getragen und es daher dem ersteren an dem erforderlichen eigenen Interesse gefehlt habe, während Kläger dies bestreitet und zugleich behauptet, daß — wie das Berufungsgericht auch als durch das Zeugnis des L. für bewiesen erachtet — vor und bei Abschluß des Vertrages zwischen dem Kläger und L. mündlich verabredet sei, Kläger solle die Weidennutzung in

eigenem Namen versichern, L. aber habe dem Kläger die Prämie zu erstatten und solle dagegen eintretenden Falles den Entschädigungsbetrag von ihm vergütet erhalten, welcher Verabredung gemäß denn auch thatsächlich verfahren sei.

Das Berufungsgericht, welches mit Recht annimmt, daß nicht die Weidenpflanzungen als solche, sondern die Nutzung der Weidenpflanzen im Jahre 1886, und zwar das sog. Eigentumsinteresse an denselben den Gegenstand des Versicherungsvertrages bildet, geht nun zwar ganz richtig davon aus, daß das Interesse bei einer Versicherung das eigene des Versicherten sein müsse, und daß niemand für sich ein fremdes Interesse versichern dürfe, weil dann das Geschäft eine Wette sein und gegen den Grundsatz des §. 1983 A.L.R. II. 8 verstoßen würde, daß der Versicherte durch die Versicherung sich nur gegen Schaden decken, nicht aber Bereicherung suchen dürfe.

Dagegen ist es bedenklich, wenn das Berufungsgericht seine Ansicht, daß L. an sich die Gefahr des etwaigen Hagelschadens zu tragen gehabt habe, und daß daher der Gegenstand der hier in Rede stehenden Versicherung nicht ein Vermögensnachteil des Klägers selbst, sondern derjenige eines Dritten gewesen sei, daraus herleitet, daß L. als Pächter der Weidennutzung schon mit dem Hervortreten der Weiden Eigentümer derselben geworden sei. Denn die Überlassung der Ausnutzung bestimmter Erträgnisse eines Grundstückes kann sich ebensowohl als Kauf, wie als Pacht darstellen, und es kommt bei der Beurteilung, ob das eine oder das andere in concreto vorliegt, nicht so sehr auf die von den Kontrahenten dem Kontrakte beigelegte Bezeichnung als auf die aus der Gesamtheit des Inhaltes der kontraktlichen Bestimmungen zu entnehmende Absicht der Kontrahenten an. Im vorliegenden Falle ist nun zwar in dem Kontrakte vom 26. Dezember 1883 davon die Rede, daß L. die Weidenanlagen pachtet und einen Pachtpreis bezw. ein Pachtgeld bezahlt. Andererseits aber ist der Fürstlichen Forstverwaltung wiederum unter gewissen Voraussetzungen das Recht des „anderweiten Verkaufes" der Weidenernte eingeräumt. Nach dem genauen Zusammenhange der Vertragsbestimmungen, nach welchen der Kläger offenbar im alleinigen Besitze der betreffenden Ländereien bleiben soll, und der in weiter Entfernung wohnende L. auch mit der Cultur und Unterhaltung der auf

demselben befindlichen Weidenpflanzungen nichts zu schaffen hat, sondern vielmehr lediglich befugt ist, unter Aufsicht der Fürstlichen Forstbeamten und zu einer von der Fürstlichen Forstverwaltuug näher zu bestimmenden Zeit die Weidenschößlinge im Winter abschneiden und dann nach Zahlung des vollen sog. Pachtgeldes abfahren zu lassen, dürfte eher anzunehmen sein, daß hier nicht ein Pachtkontrakt, sondern ein die Weidenernte zum Gegenstande habendes Kaufgeschäft beabsichtigt war, in welchem Falle, da die Sache dem L. noch nicht übergeben war, nach dem Prinzipe des preußischen Rechtes (§. 95 A.L.R. I. 11) Gefahr und Schade den Kläger als Verkäufer getroffen haben würde.

Es bedarf jedoch in dieser Beziehung keines näheren Eingehens und keiner Entscheidung, da auch dann, wenn man mit dem Berufungsgerichte das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und L. als Pacht auffaßt, die Annahme des Berufungsgerichtes, daß L. schon mit der Entstehung der Weiden Eigentümer derselben geworden sei, unbegründet ist. Denn das preußische Recht faßt zwar die Pacht als ein dingliches Recht auf, aber die Dinglichkeit des Nutzungsrechtes des Pächters entsteht nicht schon aus dem Vertrage, sondern erst mit der Übergabe der zu nutzenden Sache, und sie reicht nur so weit, als der Pächter sich im Besitze der Sache befindet (§. 2 A.L.R. I. 21). Der im §. 221 A.L.R. I. 9 aufgestellte Grundsatz, daß die Früchte einer Sache gleich bei ihrem Entstehen das Eigentum desjenigen sind, welcher das Nutzungsrecht hat, findet auf das kontraktliche Verhältnis zwischen Pächter und Verpächter keine Anwendung.

Vgl. Entsch. des vorm. Obertrib. Bd. 39 S. 153; Koch, Kommentar (7. Ausg.) Anm. 3 zu §§. 2. 221 a. a. O.; Förster-Eccius, (4. Aufl.) Bd. 2 S. 206 flg. und Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 279.

Im vorliegenden Falle kann aber nach dem bereits angezogenen Vertragsinhalte von einer Übergabe der Weidenpflanzungen oder sonstigen Besitzeinräumung in betreff derselben an L. offenbar nicht die Rede sein. War aber hiernach L. zur Zeit der Versicherungsnahme wie des eingetretenen Schadens auch noch nicht Eigentümer der Weidennutzung — d. h. der zum Abtriebe bestimmten Schößlinge des Jahres 1886 —, so ist dadurch freilich nicht ausgeschlossen, daß er auf Grund des mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrages doch mate-

riell das sog. Eigentumsinteresse, d. h. dasjenige Interesse, welches an sich bei dem Eigentümer vorhanden ist, und welches hier in dem Werte der zu erwartenden Weidennutzung bestand, besitzen konnte, wenn er nämlich als Nutzungsberechtigter die Gefahr des Unterganges oder der Beschädigung der Weidennutzung infolge Hagelschlages übernommen hatte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 100, Bd. 23 S. 82 flg.

Das Berufungsgericht irrt aber, indem es daraus, daß nach seiner Annahme L. die Gefahr des Hagelschadens zu tragen hatte, ohne weiteres schließt, daß es infolgedessen dem Kläger seinerseits an dem sog. Eigentumsinteresse gefehlt habe, und dieser daher nur für das fremde Interesse des L. Versicherung habe nehmen können und genommen habe, da für die Gültigkeit der Versicherung des eigenen Interesses die näheren Vereinbarungen in dem zwischen diesem und dem L. abgeschlossenen Vertrage unerheblich seien. Denn ungeachtet des Abschlusses des sog. Pachtvertrages hatte der Kläger nicht nur das formelle Eigentumsrecht an der Weidennutzung behalten, sondern er besaß in derselben nach wie vor auch noch ein materielles Eigentumsinteresse, welches in dem vollen Werte der betreffenden Jahresernte bestand. Dem L. war nämlich ausweise des mit dem Kläger auf eine längere Reihe von Jahren geschlossenen Vertrages, nach welchem L. ein jährliches Entgelt für den Hektar des jedesmaligen Bestandes der nutzbaren Weidenanlagen zu $^1/_3$ am 1. Oktober und zu $^2/_3$ bei Beginn der Schälarbeit im nächsten Frühjahre, spätestens am 15. April zu zahlen hatte, die Abfuhr der Weidenschößlinge erst nach vollständiger Zahlung dieser Beträge gestattet, und der Kläger hatte sich nicht nur das Recht vorbehalten, einzelne Teile der Anlagen von dem Abtriebe auszunehmen, wenn deren Stärkung und Konservierung dies erforderlich machen sollte, und sich dasjenige Material reserviert, welches er seinerseits zu weiteren Anlagen und zum Faschinenverbande bedürfen werde (wogegen dann das darauf entfallende Pachtgeld in Wegfall kommen sollte), sondern er hatte sich auch die Berechtigung vorbehalten, für den Fall, daß L. seinen Zahlungsverpflichtungen nicht pünktlich genügen sollte, sowohl die von L. zur Sicherstellung des Vertrages zu deponierende Kaution von 3000 ℳ ohne weiteres für sich in Anspruch zu nehmen und frei darüber zu verfügen, als

auch über die ganze, bereits eingeerntete oder noch auf dem Stocke stehende Weidenernte zu verfügen, während L. gehalten bleiben sollte, den sich aus dem anderweiten Verkaufe etwa ergebenden Minderbetrag binnen 14 Tagen nach erhaltener Benachrichtigung zu ersetzen, soweit derselbe auch durch die Kaution nicht gedeckt sei. Ja es war sogar ausgemacht, daß dieser anderweite Verkauf erforderlichen Falles auf die ganze Pachtzeit des L. erstreckt und damit das Pachtverhältnis ohne Entschädigungsansprüche auf seiten L.'s aufgelöst werden könne. Unter solchen Umständen aber hatte der Kläger ungeachtet des mit L. abgeschlossenen Vertrages den Vermögenswert, welchen er in der jedesmaligen Weidennutzung besaß, keineswegs gegen die bloße Verpflichtung des L. zu der von diesem übernommenen Gegenleistung aufgegeben, sodaß sein bisheriges Eigentumsinteresse sich in das hiervon allerdings verschiedene Interesse an der Zahlung des sog. Pachtgeldes bezw. an der Solvenz des L. umgewandelt hätte, sondern der Kläger besaß in seiner thatsächlichen Herrschaft über die Weidennutzung in den ihm für bestimmte Fälle verbliebenen rechtlichen Befugnissen zur Disposition über dieselbe nach wie vor das volle Interesse an der unversehrten Erhaltung der Weidennutzung, zu welchem die aus dem Vertrage mit L. ihm erwachsenen Ansprüche an diesen nur noch hinzugetreten waren.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 83 flg.

Auch würde, wenn man das zwischen dem Kläger und L. bestehende Vertragsverhältnis als Pacht auffaßt, ein versicherbares Interesse des Klägers jedenfalls insoweit vorliegen, als dem L. ein Anspruch auf Remission an der Pacht im Falle eines Hagelschadens zustehen würde (vgl §. 561 A.L.R. I. 21 vgl. mit den §§. 500. 518 und 571 daselbst).

Es ließe sich nun freilich noch der Zweifel aufwerfen, ob nicht dem Kläger ein versicherbares Interesse mindestens in Höhe der ihm von L. für die Erfüllung des Vertrages bestellten Kaution gefehlt habe, da er zu diesem Betrage für den Wert der Weidennutzung des betreffenden Jahres auf alle Fälle gedeckt gewesen sei. Allein es bedarf keines näheren Eingehens auf diesen Punkt, weil jedenfalls durch die obengedachte mündliche Nebenabrede zwischen dem Kläger und L. für den ersteren das Eigentumsinteresse an dem vollen Werte der hier fraglichen Weidennutzung des Jahres 1886 begründet war.

Wie schon das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, steht der Mangel der schriftlichen Form der Gültigkeit dieser Abrede nicht entgegen, da — abgesehen davon, daß L. Kaufmann ist (Art. 317 vgl. mit Artt. 271. 274. 277 H.G.B.) — die Abrede thatsächlich zur Ausführung gelangt ist, indem der Kläger die Versicherung genommen und dagegen die Prämie für dieselbe von L. gezahlt erhalten hat (§. 165 A.L.R. I. 5). Die Sache liegt mithin rechtlich ebenso, wie es bei Aufnahme der in Rede stehenden Abrede in den schriftlichen Hauptvertrag der Fall gewesen sein würde.

Inhaltlich begründet aber diese Abrede für den Kläger dem L. gegenüber die Verpflichtung, diesen in die Lage zu versetzen, wie wenn er selbst Versicherung gegen Hagelschlag genommen hätte. Die Gefahr eines Hagelschlages traf daher den Kläger auch deshalb, weil L. von ihm gegen Vergütung der behufs der Versicherungsnahme aufzuwendenden Prämie die Auskehrung des im Falle eines Schadens von dem Versicherer zu leistenden Ersatzes dieses Schadens verlangen konnte, wobei darauf, ob, abgesehen von dieser Abrede, der Schaden den Kläger oder den L. getroffen haben würde, nichts ankommt, da es sich in beiden Fällen lediglich um die Versicherung des Eigentumsinteresses handelte, welche der Kläger dadurch, daß er dieselbe der Abrede zufolge in seinem Namen für sich bewirkte, zugleich für L. realisierte. Durch die Abrede wurde wirtschaftlich derselbe Zustand bezweckt und herbeigeführt, wie wenn der Kläger gegen die Erhöhung des von L. ihm vertragsmäßig zu zahlenden Pacht- bezw. Kaufgeldes um den Betrag der Versicherungsprämie die Gefahr des Hagelschadens dem L. gegenüber ausdrücklich selbst übernommen hätte.

Das Interesse des Klägers war deshalb das volle Eigentumsinteresse bezw. ein demselben qualitativ durchaus gleiches, für welches der Kläger daher auch im eigenen Namen und für eigene Rechnung in gleicher Weise gültig Versicherung nehmen konnte, wie wenn der sog. Pachtvertrag mit L. von ihm überall nicht geschlossen gewesen wäre. Daß er auf Grund seines Verhältnisses zu L. die Prämie von diesem ersetzt erhielt und dagegen den von seinem Versicherer zu leistenden Schadensersatz an L. auszukehren hatte, daß er mithin insofern beim Abschlusse des Versicherungsvertrages für Rechnung und im Interesse des L. handelte, schließt sein eigenes Interesse keineswegs aus. Er hatte deshalb auch nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, die

Stellung eines nur für Rechnung eines dritten Auftraggebers das Geschäft abschließenden Kommissionärs, und mit dem Wegfalle dieser Voraussetzung erledigt sich dann auch die Annahme des Berufungsgerichtes, daß mangels Anwendbarkeit der in den §§. 2070. 2071 A.L.R. II. 8 zugelassenen Ausnahmen auf Grund der Vorschrift des §. 2069 daselbst, nach welcher in der Police der Name des Versicherten ausgedrückt sein muß, sowie auf Grund des Umstandes, daß in der hier fraglichen Police nur der Kläger, nicht aber L. als Versicherter genannt ist, die Versicherung ungültig sei, sodaß nicht darauf eingegangen zu werden braucht, ob dem §. 2069 a. a. O. überhaupt die angenommene Bedeutung beizulegen ist.

Hatte aber hiernach der Kläger selbst, und zwar in betreff des vollen Versicherungswertes, ein Interesse daran, daß die hier fragliche Weidennutzung nicht durch Hagelschlag beschädigt werde, sollte durch die Versicherung dem Kläger derjenige Nachteil ersetzt werden, welcher unter Berücksichtigung des zwischen ihm und L. bestehenden Vertragsverhältnisses infolge eines Hagelschadens sonst den Kläger getroffen haben würde, und hat mithin der Kläger die Versicherung nicht nur formell im eigenen Namen, sondern auch materiell für eigene Rechnung genommen. so liegt auch nicht etwa, wie die Beklagte meint, eine die Ungültigkeit der Versicherung herbeiführende Verletzung der Anzeigepflicht im Sinne des §§. 2024 flg. A.L.R. II. 8 darin, wenn der Kläger bei dem Abschlusse der Versicherung den Generalagenten der Beklagten, mit welchem er kontrahierte, nicht von dem zwischen ihm und L. bestehenden Vertragsverhältnisse benachrichtigt haben sollte. Denn die Beklagte hat in keiner Weise dargelegt, daß und inwiefern dieses Verhältnis für die Beurteilung der von ihr zu übernehmenden Gefahr von Erheblichkeit hätte sein können, da die Beklagte lediglich angeführt hat, daß sie im Falle einer solchen Benachrichtigung hätte prüfen können, ob eine Überversicherung vorliege. Ob dies der Fall war, hängt aber lediglich von der Höhe des Wertes des versicherten Gegenstandes ab, und diese ist in der Police genau angegeben, auch ihre Richtigkeit an sich gar nicht bestritten. Der weitere Einwand der Beklagten, daß, insoweit als L. als Versicherter in Frage komme, nach §. 1987 A.L.R. II. 8 die Versicherung nur in Höhe des von diesem zu zahlenden sog. Pachtgeldes habe genommen werden können, scheitert schon daran, daß die angezogene Bestimmung sich nur auf

die Seeassekuranz bezieht und überdies durch das Handelsgesetzbuch aufgehoben ist.

Der einzige Grund, auf welchem die Zurückweisung der klägerischen Berufung durch das angefochtene Erkenntnis beruht, daß nämlich das Interesse eines Dritten, aber nicht in dessen Namen versichert, demnach der Versicherungsnehmer und Kontrahent des Versicherungsvertrages eine von dem Versicherten verschiedene Person und die Person des Versicherten in der Police nicht genannt sei, erscheint hiernach als rechtsirrtümlich, und der von der Beklagten auf Grund des vom Kläger mit L. abgeschlossenen Pachtvertrages erhobene Einwand der Ungültigkeit der Versicherung wäre vielmehr als unbegründet zu verwerfen gewesen." . . .

---

41. Beschränkt §. 148 des preußischen Allgem. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die strengere Haftung des Bergwerksbesitzers auf diejenigen Anstalten oder Einrichtungen, welche den Betrieb eines Bergwerkes im engeren Sinne, d. h. die Förderung des Minerals, bezwecken? Gehören Anlagen, ohne welche der Betrieb nicht fortgesetzt werden darf, zum Betriebe des Bergwerkes?

V. Civilsenat. Urt. v. 8. Februar 1890 i. S. N. (Kl.) w. Gelsenkirchener Bergwerksaktiengesellschaft (Bekl.). Rep. V. 270/89.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus den Gründen:

„Es liegt folgender Sachverhalt vor.

Der Kläger besitzt ein Grundstück in Ückendorf, auf welchem zwei Häuser erbaut sind. Bei jedem Hause befindet sich ein angeblich 1872/1873 abgeteufter Brunnen. Der Kläger behauptet, daß beide Brunnen früher reichliches Wasser enthielten, daß sie jedoch seit mehreren Jahren versiegt und jetzt fast ganz trocken seien, sodaß aus ihnen das für den Wirtschaftsbedarf erforderliche Wasser nicht mehr entnommen werden könne. Die Ursache dieser Wasserentziehung führt er darauf zurück, daß die Beklagte behufs Entwässerung der durch

ihren Bergbau gesunkenen und versumpften Gegend eine Anlage gemacht habe, welche eine allgemeine Senkung des Grundwasserstandes zur notwendigen Folge hatte und auch bezweckte. Zu dieser Anlage, welche der Beklagten nicht gehörige Grundstücke entwässern sollte, sei sie von der Bergbehörde im öffentlichen Interesse (§§. 196. 67. 70 des Allgem. Berggesetzes) unter Androhung der Schließung ihres Bergbaubetriebes gezwungen worden. Das Terrain, auf welchem sich die Anlage befindet, hat die Beklagte nach der Behauptung des Klägers im Wege der Enteignung erworben. Der Kläger führt aus, die Entwässerung durch die gedachte Anlage enthalte einen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unerlaubten Eingriff in fremdes Eigentum. Es finde aber auch die Vorschrift des §. 148 des Allgem. preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 Anwendung. Denn die Entwässerung sei die Bedingung für die Fortsetzung des Betriebes der Beklagten gewesen, und es liege deshalb ein durch den Betrieb des Bergwerkes ihm zugefügter Schaden vor. Endlich behauptet Kläger, die Wasserentziehung sei auch eine Folge direkter Bruchwirkung des Baues der Beklagten. Er macht nähere Angaben über den Betrag des Schadens und stellt den Antrag, die Beklagte zum Ersatze des bisher entstandenen, auf 4411 ℳ berechneten und des später entstehenden Schadens zu verurteilen, event. der Beklagten die Zahlung von 736 ℳ und von jährlich 147 ℳ, bis das Wasser wieder in der früheren Weise in den Brunnen vorhanden sei, aufzugeben.

Die Beklagte hat die Anführungen des Klägers in betreff des Schadens und der Ursache desselben bestritten und namentlich geltend gemacht, daß §. 148 des Allgem. Berggesetzes keine Anwendung finde.

Die Klage ist nach stattgehabter Beweisaufnahme in beiden Vorinstanzen abgewiesen.

Der Berufungsrichter stellt fest, daß beide Brunnen bis zu den Jahren 1883 oder 1884 reichliches und gutes Wasser geliefert haben, daß seitdem aber der Wasserstand derselben erheblich vermindert ist. Der Grund hiervon liegt nach seiner weiteren Ausführung nicht in dem Bergbaubetriebe der Beklagten, sondern in einer Senkung des Grundwasserstandes, welche durch die von der Beklagten und der Schwarzbach-Genossenschaft hergestellte Entwässerungsanlage verursacht sei. Er verneint jedoch, daß die Beklagte durch diese Anlage ungerechtfertigt in das Eigentum des Klägers eingegriffen habe.

Die gegen diese letztere Entscheidung gerichtete Beschwerde des Klägers kann keinen Erfolg haben. Das Allgem. Landrecht bestimmt in §. 26 I. 8, daß jeder Gebrauch des Eigentumes erlaubt ist, durch welchen weder wohlerworbene Rechte eines Anderen gekränkt, noch die in den Gesetzen des Staates vorgeschriebenen Schranken überschritten werden. Der §. 130 a. a. O. sagt ferner ausdrücklich, daß das Graben eines Brunnens auf eigenem Grunde und Boden, wenngleich dadurch dem Nachbar sein Wasser entzogen wird, dem Eigentümer nicht gewehrt werden könne, sofern der Nachbar desfalls kein besonderes Untersagungsrecht erworben hat. Mit Recht entscheidet der Berufungsrichter, daß die Anwendung dieser Vorschriften zur Zurückweisung des klägerischen Anspruches führe, weil keinem Grundeigentümer ein Recht auf die Erhaltung eines bestimmten Grundwasserstandes zustehe. Von einem Untersagungsrechte des Klägers oder von einer Schikane in der Ausübung der dem benachbarten Eigentümer zustehenden Befugnisse könne hier keine Rede sein. Diese Ansicht entspricht der konstanten Rechtsprechung sowohl des früheren preußischen Obertribunales als des Reichsgerichtes. An ihr ist festzuhalten.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 73 S. 31; Striethorst, Archiv Bd. 89 S. 46; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 S. 368, Bd. 12 S. 183, Bd. 16 S. 229; Brassert, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 22 S. 528; Franck, Wasserrecht Bd. 1 S. 174.

Der Berufungsrichter befindet weiter, daß die Wasserentziehung nicht die Folge direkter Bruchwirkung des Bergbaues der Beklagten sei. Er stützt diese Entscheidung auf das Gutachten des Bergrates B., nach welchem Klüfte oder Risse, die einen Abfluß des Wassers bewirken könnten, nachweisbar nicht vorhanden sind. Diese Entscheidung ist eine thatsächliche, also in jetziger Instanz nicht anfechtbare.

Der Berufungsrichter spricht endlich die Ansicht aus, daß der §. 148 des Allgem. Berggesetzes keine Anwendung finde, weil die Anlage gemacht sei, um einen durch den Bergwerksbetrieb der Beklagten verursachten Schaden an fremden Grundstücken zu beseitigen, darin aber keine mit dem Bergwerksbetriebe zusammenhängende Thätigkeit zu finden sei. Auch diese Entscheidung kann nicht für rechtsirrtümlich erachtet werden.

Der §. 148 a. a. O. verpflichtet den Bergwerksbesitzer, für allen Schaden, welcher dem Grundeigentume durch den Betrieb des Berg-

werkes zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten. Die Motive zu dem Gesetze und die Kommissionsberatung über dasselbe ergeben, man sei allseitig in betreff der Tragweite der gedachten Bestimmung darüber einverstanden gewesen, daß dadurch die Ersatzpflicht des Bergwerksbesitzers nur so weit geregelt werde, als der Schaden eine unmittelbare Folge des Betriebes sei oder mit dem Betriebe in unmittelbarem Zusammenhange stehe. Es wurde bei der Beratung ausdrücklich hervorgehoben, daß Beschädigungen durch die Anlagen, Maschinen, Kessel u. dgl. über Tage den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen unterliegen.

Vgl. Brassert, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 6 S. 338.

Hiernach ist anzunehmen, daß das Allgem. Berggesetz die im §. 148 angeordnete strengere Haftung des Bergwerksbesitzers auf diejenigen Anstalten oder Einrichtungen beschränkt hat, welche sich auf den Betrieb eines Bergwerkes im engeren Sinne, d. h. auf die Förderung des Minerals, beziehen, daß dagegen bei solchen Anstalten oder Einrichtungen, welche die Bearbeitung, Aufbewahrung, Weiterbeförderung und Verwertung des Minerals betreffen, die Schadensersatzpflicht des Bergwerksbesitzers nur den allgemeinen Gesetzen unterworfen ist. Diese Ansicht wird auch sowohl von der Doktrin,

vgl. Brassert, Allgem. Berggesetz §. 148 Nr. 3 S. 391; Daubenspeck, Bergschaden S. 47,

als von der Judikatur für die dem Gesetze entsprechende erachtet. Insbesondere hat das Reichsgericht unter Hinweis auf die oben erwähnten Kommissionsverhandlungen ausgesprochen, daß zum Bergwerksbetriebe im Sinne des §. 148 a. a. O. nur solche Arbeiten gehören, welche die Aufsuchung und Gewinnung der vom Verfügungsrechte des Grundeigentümers ausgeschlossenen Mineralien betreffen. Das Vorhandensein dieses Erfordernisses des §. 148 ist bei der Anlage von Kohlenabfuhrwegen verneint.

Vgl. Urteil vom 10. November 1880 bei Brassert, Zeitschrift Bd. 22 S. 528.

Dem steht nicht entgegen, daß in einem anderen Urteile des Reichsgerichtes,

vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 1008,

die Haftpflicht des Bergwerksbesitzers gemäß §. 148 für ein durch den Brand einer Halde beschädigtes Gebäude angenommen wird; denn die

Halden hängen unmittelbar mit dem Bergwerksbetriebe zusammen, weil die Herausschaffung des Minerals und die Ablagerung in der Halde zur Förderung gehört.

Im gegenwärtigen Streitfalle handelt es sich nicht um eine Handlung der Beklagten, welche in dem angegebenen Sinne als zum Betriebe des Bergwerkes gehörend anzusehen ist. Der Kläger glaubt jedoch, daß der §. 148 dennoch Anwendung finde, weil der Beklagten die Vornahme der Entwässerung durch die schädigende Anlage bei Vermeidung der Einstellung ihres Betriebes aufgegeben sei. Er führt aus, daß eine Anlage, ohne welche der Betrieb nicht fortgesetzt werden darf, zum Betriebe des Bergwerkes gerechnet werden müsse. Mit Recht ist jedoch der Berufungsrichter einer solchen Ausdehnung der im §. 148 gegebenen Vorschrift entgegengetreten. Die Einstellung des Betriebes ist nicht gleichbedeutend mit dem Betriebe selbst. Handlungen des Bergwerksbesitzers, welche die Einstellung verhüten sollen, können deshalb nicht als zum Betriebe gehörend bezeichnet werden. Die analoge Ausdehnung der Spezialvorschrift des §. 148 kann nicht für zulässig gelten. Das Reichsgericht hat auch bereits früher in betreff der Anwendbarkeit des §. 135 des Allgem. Berggesetzes ganz ähnliche Grundsätze ausgesprochen. In dem Urteile vom 4. Mai 1887,

vgl. Brassert, Zeitschrift Bd. 28 S. 394,

wird gesagt: „Insbesondere kann auch die von der Bergbehörde im öffentlichen Interesse angeordnete Sperrung des durch den Bruchbau gefährdeten Terrains nicht als eine Benutzung des letzteren zum Betriebe des Bergbaues angesehen werden, da dieselbe — — nicht den Zwecken des Bergbaues selber dient, sondern außerhalb des letzteren liegende Interessen zu schützen bestimmt ist."

---

42. Steht dem Werkmeister auch dann ein Anspruch auf eine Hypothek für seine Forderung nach den §§. 971. 972 A.L.R. I. 11 zu, wenn das von ihm ausgeführte Werk nur in der Anfertigung von Materialien für einen Bau bestanden hat, das Verbauen dieser Materialien aber von ihm nicht übernommen worden ist?

VI. Civilsenat. Urt. v. 13. Februar 1890 i. S. G. (Bekl.) w. de la S. & K. (Kl.) Rep. VI. 273/89.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Klägerin hat auf Bestellung Eisenkonstruktionen für einen Bau des Beklagten geliefert. Diese gelieferten Eisenwaren sind auch in das Haus des Beklagten verbaut. Nunmehr hat Klägerin im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung auf das Grundstück des Beklagten in Höhe des angeblichen Betrages ihrer Forderung für die Eisenwaren erwirkt. Der Beklagte hat gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch erhoben und auf Aufhebung derselben angetragen. Das Berufungsgericht hat aber dem Antrage der Klägerin entsprechend erkannt, daß die einstweilige Verfügung aufrechtzuerhalten sei. Es sieht die Forderung der Klägerin als glaubhaft gemacht an und führt im übrigen unter näherer Begründung aus, daß der von den Parteien geschlossene Vertrag über die Lieferung der Eisenkonstruktionen als eine Werkverdingung anzusehen sei. Danach nimmt es an, daß die Beklagte auf Grund der §§. 971. 972. A.L.R. I. 11 eine Hypothek an dem klägerischen Grundstücke für ihre Forderung beanspruchen könne, indem diese Paragraphen nicht voraussetzten, daß das Werk in einem Baue auf dem Grundstücke bestanden habe.

Die Revision rügt Verletzung der §§. 971. 972 a. a. O. Sie will diese Paragraphen dahin verstanden wissen, daß nur dann dem Werkmeister ein Anspruch auf eine Hypothek für seine Forderung eingeräumt werde, wenn das Werk an der unbeweglichen Sache vorgenommen sei, dasselbe in einem Baue bestanden habe, dagegen einem solchen Werkmeister, welcher, wie die Klägerin, lediglich Materialien für einen Bau angefertigt und dem Bauherrn zu dessen Verwendung geliefert habe, das Vorrecht nicht zustehe.

Dieser Angriff ist nicht begründet.

Der §. 971 a. a. O. verweist auf das Vorrecht in der Konkursordnung, d. h. auf den §. 424 A.G.O. I. 50. Dieser Paragraph gewährte den sog. Baugläubigern das Vorrecht der vierten Klasse der Konkursgläubiger und rechnete zu diesen Gläubigern „diejenigen, welche zum Aufbaue oder zur Ausbesserung der zur Masse gehörigen Gebäude Materialien geliefert, Arbeiten gethan oder Gelder vorgeschossen haben, welche auch zu diesem Behufe verwendet worden sind."

Nach dieser Bestimmung stand das Vorrecht nicht bloß dem Werkmeister zu, dessen Werk in einem Baue bestanden, sondern auch einem solchen Werkmeister, welcher Materialien, die durch den Bauherrn selbst oder durch andere Personen in dessen Auftrage verbaut worden, angefertigt und geliefert hatte. Der Ausdruck „Werkmeister" in dem §. 971 a. a. O. hatte also die weitere, vom Berufungsgerichte angenommene Bedeutung. Durch den §. 2 des Einführungsgesetzes zur preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 ist allerdings der Tit. 50 Tl. I. A.G.O. aufgehoben; es sind aber nach §. 11 dieses Gesetzes die im Allgemeinen Landrechte aufgeführten gesetzlichen Titel zum Pfandrechte aufrechterhalten. Danach ist der in den §§. 971. 972 A.L.R. I. 11 dem Werkmeister eingeräumte Titel zum Pfandrechte in seinem früheren Umfange bestehen geblieben. Nach dem Obigen steht also ein solcher Titel zum Pfandrechte auch dem Werkmeister zu, welcher nur Materialien, die in ein Gebäude verwandt sind, für den Bauherrn angefertigt und geliefert hat.

Die Revision beruft sich für ihre Ansicht namentlich auf den Wortlaut der §§. 971. 972 a. a. O. und auf den folgenden §. 973, indessen ohne Grund. Der Wortlaut des §. 971 deutet in keiner Weise an, daß der Werkmeister, welcher das Vorrecht beansprucht, das Werk an der unbeweglichen Sache selbst vorgenommen haben müsse, oder daß unter den verwendeten Materialien, von welchen dort die Rede ist, solche Materialien, die von dem Werkmeister selbst verwendet worden, verstanden sind. Wie die Marginalien ergeben, steht der §. 971 in einem sich auf alle Arten von Werkverdingungen und nicht bloß auf Bauten beziehenden Abschnitte. Es kann daher der Ausdruck „Materialien" in dem §. 971 unbedenklich auch auf solche Materialien, welche nicht der Werkmeister, sondern der Bauherr in die unbewegliche Sache verwandt hat, bezogen werden. Der §. 973 A.L.R. I. 11 bestimmt zwar, daß das in den beiden vorhergehenden Paragraphen erwähnte Vorrecht auf bewegliche Sachen, die dem Besteller einmal übergeben worden sind, nicht ausgedehnt werden dürfe, allein es sind hiermit die §§. 971. 972 in Verbindung zu bringen. Die Bestimmung des §. 973 kann nur mit der sich aus den vorhergehenden Paragraphen ergebenden Beschränkung verstanden werden.

Die von der Revision vertretene Ansicht findet auch in der Lit-

teratur keine Unterstützung. Allerdings hat man bei Erörterung der §§. 971. 972 anscheinend regelmäßig nur den Fall, daß das von dem Werkmeister ausgeführte Werk selbst in einem Baue bestanden habe, vor Augen gehabt,

vgl. preußische Gesetzrevision Pensum XIV zu Tl. I. Titt. 11. 13 A.L.R. S. 67 §. 663. S. 165; Bielitz, Kommentar Bd. 2 S. 723. 724; Bornemann, Preußisches Civilrecht 2. Ausgabe Bd. 2 S. 187; Dernburg, Preußisches Privatrecht 4. Aufl. Bd. 2 S. 608,

und es scheint sogar, als ob in Förster-Eccius (Preußisches Privatrecht 5. Aufl. Bd. 2 S. 278) die Ansicht der Revision angenommen sei. Allein es ist hierauf umsoweniger Gewicht zu legen, als in keiner der angeführten Schriften die vorliegende Frage erörtert worden ist." . . .

---

43. Pflegekindschaftsvertrag. Verzicht auf die Rücknahme des Kindes und auf den Zutritt zu demselben.

A.L.R. II. 2 §§. 772. 773.

IV. Civilsenat. Urt. v. 17. Februar 1890 i. S. Witwe K. (Kl.) w. Eheleute S. u. H. T. (Bekl.) Rep. IV. 242/89.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Beklagten haben sich in dem mit der Klägerin geschlossenen schriftlichen Vertrage vom 17. August 1884 verpflichtet, die am 1. April 1883 geborene Tochter der Klägerin „an Kindesstatt anzunehmen, für das Kind zu sorgen, d. h. dasselbe zu erziehen und zu verpflegen". Im §. 2 des Vertrages ist sodann bestimmt: „die Witwe K. verzichtet für immer auf alle Mutterrechte an dem Kinde, und zwar sowohl auf die persönlichen wie auf die Vermögensrechte. Insbesondere verzichtet sie auf das Erziehungs-, Alimentations- und Erbrecht. Sie verpflichtet sich, niemals ohne Erlaubnis der T.'schen Eheleute zu dem Kinde zu kommen, sich weder mündlich, noch schriftlich nach dem Schicksale des Kindes zu erkundigen." . . .

Die Klägerin will an diesen Vertrag nicht gebunden sein und verlangt die Herausgabe des Kindes, welches sich auf Grund des Vertrages bei den Beklagten befindet, zu eigener Erziehung. Die Vorderrichter haben die Klage zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Revision kann keinen Erfolg haben.

Der Berufungsrichter beseitigt den aus dem Wortlaute des §. 1 des Vertrages entnommenen Einwand, daß die Beklagten nur eine Pflicht, nicht aber ein Recht auf die Erziehung des Kindes hätten, durch die Erwägung, daß aus einem derartigen Vertrage auch ein Recht zur Erziehung entstehe, weist aber zugleich auf die Fassung des Vertrages hin, in welchem die Klägerin ihren Mutterrechten entsagt habe (§. 2). Er deutet also den Vertrag dahin, daß die Klägerin den Beklagten das Erziehungsrecht unter Ausschließung der Rückforderung des Kindes eingeräumt habe. Diese Vertragsauslegung ist thatsächlicher Natur und entzieht sich dem Revisionsangriffe.

Allerdings ist die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Rückforderung des Kindes von seiten der Eltern in einem Pflegekindschaftsvertrage bestritten. Der Entscheidung des preußischen Obertribunales vom 17. Juni 1864,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 53 S. 161,

welche dem Pflegekindschaftsvertrage eine die Rückforderung ausschließende Wirkung beilegt, ist entgegengehalten worden, daß das elterliche Recht auf Erziehung und Pflege des Kindes in einer sittlichen Pflicht wurzele, deren sich die Eltern nicht entäußern könnten,

vgl. Hinschius, in der Preußischen Anwaltszeitung für 1886 Spalte 42; Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechtes Bd. 4 5. Aufl. S. 133,

während Dernburg (Lehrbuch des preußischen Privatrechtes Bd. 3 3. Aufl. S. 199) und Bornemann (Systematische Darstellung des preußischen Privatrechtes Bd. 5 2. Ausg. S. 389) den Verzicht auf die Rückforderung für zulässig erachten. Letzterer verlangt einen ausdrücklichen Verzicht, der hier im §. 2 des Vertrages nach der Feststellung des Berufungsrichters auch ausgesprochen ist. Für die Zulässigkeit des Verzichtes sprechen die Materialien. Der gedruckte Entwurf eines allgemeinen bürgerliches Gesetzbuches von 1784 enthielt im Abschnitte von den Pflegekindern die Bestimmung (§. 561 Tit. 2):

„Ist keine Dauer der Pflege bestimmt, so können die natürlichen und die Pflegeeltern das Kind zu jeder Zeit wieder fordern und zurückgeben."

Nach der Mitteilung Bornemann's (a. a. O.) war die Bestimmung infolge eines Monitums zu dem ungedruckten Entwurfe aufgenommen worden, „daß, sowie Pflegeeltern das Kind quovis tempore zurückgeben, eodem jure auch die natürlichen solches quovis tempore zurücknehmen könnten", zu welchem Monitum Suarez bemerkt hatte, daß ihm dieses sehr billig erscheine. Von dem von Suarez eingenommenen Billigkeitsstandpunkte aus kann ihm ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Rückforderung des Kindes nicht unzulässig erschienen sein; es hat aber auch der gedruckte Entwurf einen solchen Verzicht sogar schon darin gefunden, wenn der Vertrag auf eine bestimmte Dauer geschlossen ist. Die Bestimmung ist zwar nicht in das Landrecht übergegangen. Daraus könnte jedoch höchstens gefolgert werden, daß die Rückforderung auch dann ausgeschlossen ist, wenn eine bestimmte Dauer der Pflege nicht bestimmt ist, für welchen Fall der Entwurf die Rückforderung zuließ. Die Auffassung der Redaktoren ging also dahin, daß das Rückforderungsrecht im Pflegekindschaftsvertrage ausgeschlossen werden könne.

Nun enthält freilich der §. 2 des in Rede stehenden Pflegeschaftsvertrages nicht bloß einen Verzicht auf die Rückforderung des Kindes vor vollendeter Erziehung, sondern einen Verzicht auf alle Mutterrechte, insbesondere auch die Bestimmung, daß die Klägerin ohne Erlaubnis der Pflegeeltern nicht zu ihrem Kinde kommen und sich weder mündlich, noch schriftlich nach dem Schicksale des Kindes erkundigen dürfe; und die Behauptung, daß die hierin liegende völlige Lösung aller Beziehungen der Mutter zum Kinde gegen die guten Sitten verstoße, läßt sich nicht mit dem Berufungsrichter durch den Hinweis auf die §§. 772. 773 A.L.R. II. 2 widerlegen, nach denen der Pflegeschaftsvertrag ohne Einschränkung gestattet sei. Denn diese Bestimmungen wollen nicht die der Vertragsfreiheit sonst gezogenen Grenzen erweitern, und wenn der Pflegeschaftsvertrag mit ausschließlicher Übertragung des Erziehungsrechtes auf die Pflegeeltern gestattet ist, weil dies, abweichend vom gemeinen Rechte,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 116,

nicht als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen wird, so erübrigt

sich dadurch nicht die Frage, ob nicht den Vereinbarungen über sonstige, durch das Erziehungsrecht der Pflegeeltern nicht bedingte Beschränkungen der mütterlichen Rechte, als unsittlich, die Anerkennung zu versagen wäre.

Allein diese Frage steht hier nicht zur Entscheidung. Gegenstand des Rechtsstreites ist das Erziehungsrecht, nicht das Recht des Zutrittes der Mutter zu dem Kinde. Letzteres kann neben dem Erziehungsrechte der Pflegeeltern bestehen, da die einzelnen Ausflüsse des mütterlichen Rechtes kein untrennbares Ganzes bilden. Daraus ergiebt sich zugleich, daß der Vertrag durch den Wegfall der Beschränkung des Zutrittes der Klägerin zu ihrem Kinde keineswegs auch in seinen übrigen Bestimmungen von selbst hinfällig werden würde, nach dem Satze: utile per inutile non vitiatur. Von den Beklagten würde es abhängen, ob sie nach dem Wegfalle jener Beschränkung sich der Erziehung des Kindes noch ferner unterziehen wollen, worüber sie eine Erklärung in diesem Rechtsstreite nicht abgegeben haben und abzugeben auch nicht veranlaßt waren. Danach muß es dahingestellt bleiben, ob der Klägerin ein Zutrittsrecht zu dem Kinde, wenn sie solches beanspruchte, einzuräumen sein würde." ...

---

44. 1. Darf durch ein vorbehaltenes Kodizill die testamentarische Erbeseinsetzung geändert werden?

A.L.R. I. 12 §§. 3. 5, Anh. §. 35.

2. Darf in der Form einer privilegierten Verfügung der Eltern unter Kindern ein testamentarisches Erbrecht wieder genommen werden?

A.L.R. II. 2 §§. 379. 380. 414. 415. 431.

IV. Civilsenat. Urt. v. 17. Februar 1890 i. S. K. (Kl.) w. die Descendenz des Kaufmannes K. (Bekl.) Rep. IV. 328/89.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kaufmann K. hatte in seinem Testamente angeordnet, daß seinem Sohne O., da er mit Vermögen nicht umzugehen verstehe, die Verfügung über die Substanz des auf ihn fallenden Erbteiles entzogen sein und ihm nur der Zinsengenuß zustehen, die Substanz

des Vermögens aber der künftigen Descendenz des O. K. erhalten werden solle. In demselben Testamente hatte sich der Kaufmann K. die Errichtung von Nachzetteln mit der Bestimmung vorbehalten, daß, wenn solche von ihm geschrieben und unterschrieben in seinem Nachlasse sich vorfänden, sie mit dem Testamente gleiche Kraft haben sollten. Dergleichen Nachzettel wurden im Nachlasse gefunden. In dem zuerst, am 19. Februar 1879, errichteten war bestimmt, daß von dem auf den Sohn O. K. fallenden Erbteile ein Kapital von 12000 ℳ für die Kinder des Sohnes angelegt werden, dem O. K. nur der Zinsengenuß an dem Kapitale zustehen, die Verfügungsbeschränkung des O. K. im übrigen aber aufgehoben sein sollte. In dem zweiten, am 27. September 1881 errichteten Nachzettel hatte der Erblasser die Anordnung über Anlegung eines Kapitales von 12000 ℳ wieder aufgehoben. Bei der Regulierung des Nachlasses des Kaufmannes K. entstand Streit. Der für die künftige Descendenz des O. K. bestellte Pfleger hielt die in dem Testamente enthaltene Erbeseinsetzung der Descendenz und die darin dem O. K. gegenüber ausgesprochene Enterbung aus guter Absicht durch die in den beiden Nachzetteln getroffenen Anordnungen nicht für aufgehoben und machte Ansprüche geltend, welche sich auf die fragliche Erbeseinsetzung gründeten. Der vom Erblasser ernannte Testamentsvollstrecker erachtete dagegen die in dem Testamente ausgesprochene Verfügungsbeschränkung durch den Inhalt der Nachzettel für beseitigt. Er ist mit seiner auf diese Auffassung gestützten Klage vom Landgerichte abgewiesen worden. Seine Berufung hat keinen Erfolg gehabt. Das Reichsgericht hat auch seine Revision zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... 1. „Es ist dem Berufungsgerichte zunächst darin beizutreten, daß durch die Kodizille vom 19. Februar 1879 und vom 27. September 1881, wenngleich die Errichtung von Nachzetteln in dem Testamente des Kaufmannes K. vom 18. August 1866 vorbehalten ist, die in dem §. 2 dieses Testamentes angeordnete Erbeseinsetzung der Descendenz des O. K. nicht geändert werden konnte. Denn in der Rechtsprechung des vormaligen Obertribunales,

vgl. Erkk. vom 17. Oktober 1842 (Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 8 S. 272), vom 15. Juli 1858 (Bd. 41 S. 201), vom 20. Januar 1868 (Bd. 59 S. 102),

festgehaltenen Grundsatze, daß durch vorbehaltene Kodizille die testamentarische Erbeseinsetzung nicht geändert werden kann, hat das Reichsgericht bereits in den Urteilen vom 6. September 1880 (Beiträge von Rassow und Küntzel Bd. 25 S. 990) und vom 27. Oktober 1884 (Jur. Wochenschrift 1884 S. 313 sich angeschlossen. Für die Richtigkeit dieser einschränkenden Auslegung des §. 35 Anh. zum A.L.R. spricht schon der Ausdruck „Kodizill", da das Gesetz hierunter diejenige Verordnung versteht, welche keine Erbeseinsetzung enthält (§§. 3. 5 A.L.R. I. 12), sodann aber die Entstehung des §. 35 Anhang zum A.L.R. Derselbe ist der Entscheidung der Gesetzkommission vom 23. Oktober 1800 entnommen, welche lediglich die Frage betraf, ob Kodizille, welche nicht gerichtlich deponiert worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponierten Testamente verordnet hat, nicht bloß zum zwanzigsten Teile des Nachlasses, sondern ihrem ganzen Inhalte nach für gültig zu achten seien. In ihrer Eigenschaft als Kodizille, das heißt als solche letztwillige Verordnungen, welche sich von Testamenten dadurch unterscheiden, daß in ihnen keine Erbeseinsetzung enthalten ist und enthalten sein darf, hat der Anhangsparagraph nichts ändern wollen. Und wenn nach dieser Vorschrift ein solches vorbehaltenes Kodizill mit dem Testamente selbst gleiche Kraft hat, so liegt auch hierin ausgedrückt einerseits, daß das Testament und die darin angeordnete Erbeseinsetzung bestehen bleibe, andererseits, daß der Testamentserbe das Kodizill als solches, also in allen denjenigen Bestimmungen, welche gesetzlich (§. 5 a. a. O.) Gegenstand kodizillarischer Anordnung sein können, gelten lassen müsse. Es ist auch in dem erwähnten diesseitigen Urteile vom 6. September 1880 darauf hingewiesen worden, daß das durch das Reskript vom 3. November 1800 genehmigte Gutachten der Gesetzkommission vom 23. Oktober 1800 (Rabe, Samml. preuß. Gesetze Bd. 6 S. 338) in Bezug auf einen Fall ergangen ist, in welchem es sich nicht um eine Erbeinsetzung, sondern nur um Minderung der in einem früheren Testamente zugewendeten Vorteile handelte, und daß ferner dieses Gutachten ausdrücklich beabsichtigt hat, sich nur dafür auszusprechen, daß die früher unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes im Falle eines testamentarischen Vorbehaltes zugelassene Gültigkeit außergerichtlicher Kodizille auch nach Einführung des Allgemeinen Landrechtes bestehen bleibe. Sonach fehlt es nicht an dem von der Revision vermißten

ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, daß das vorbehaltene Kodizill nicht die Kraft habe, die im Testamente verordnete Erbeinsetzung abzuändern.

Die Auffassung des Obertribunals ist auch in der Doktrin die herrschende.[1]

2. Auch der auf die behauptete Verkennung der Rechtssätze von der Enterbung gestützte Angriff ist hinfällig. Nach §. 414 A.L.R. II. 2 besteht die in einem Testamente geschehene Enterbung so lange, als der Erblasser dies Testament nicht widerrufen oder seinen Willen, die Enterbung wieder aufzuheben, nicht deutlich erklärt hat, und nach §. 415 muß dergleichen Erklärung in Ansehung der äußeren Form wenigstens mit den bei einer letztwilligen Verordnung unter Kindern §. 380 vorgeschriebenen Erfordernissen versehen sein. Es genügt also, wenn sie von dem Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden ist (§. 380a). Daß diese weniger strenge Formvorschrift auch für die Aufhebung einer „Enterbung aus guter Absicht" gilt, ist außer Frage und auch von dem Berufungsgerichte, wie die Nebeneinanderstellung der §§. 414. 415. 380 ergiebt, nicht bezweifelt worden. Der Entscheidungsgrund des Berufungsgerichtes besteht vielmehr darin: im §. 2 des Testamentes habe der Erblasser die O. K.'sche Descendenz als Erbin eingesetzt, und diese Erbeseinsetzung habe durch Kodizill nicht aufgehoben werden können. Dem ist beizutreten. Die Revision hat ausgeführt, der Gesetzgeber habe, indem er einer mit den bei einer letztwilligen Verordnung unter Kindern vorgeschriebenen Erfordernissen versehenen Erklärung (§§. 379 flg. A.L.R. II. 2) die Wirkung beilege, die Enterbung eines Kindes wieder aufzuheben (§§. 414. 415 a. a. O.), die Wirksamkeit einer in solcher Form abgegebenen Erklärung über die aus den §§. 379 flg. sich ergebenden Grenzen erweitert, da durch die Aufhebung der Enterbung notwendig eine Änderung der früher gewollten Erbfolge eintrete, möge der Testator in dem Testamente, in welchem er die Enterbung ausgesprochen

[1] Bornemann, Preuß. Civilrecht 2. Ausg. Bd. 6 S. 43; Gruchot, Preuß. Erbrecht Bd. 1 S. 502; Koch, Preuß. Erbrecht S. 636 flg.; Derselbe in dem Kommentar zum Landrechte Anm. 92 zu §. 35 Anh.; Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes Bd. 4 S. 19; Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes 3. Aufl. Bd. 3 §. 118 S. 350; Eccius in der 5. Aufl. des Förster'schen Privatrechtes Bd. 4 S. 283/284 Anm. 18/19. D. E.

Erben ernannt oder es, abgesehen von dem enterbten Kinde, bei der gesetzlichen Erbfolge belassen haben. Daraus folge, daß, wenn auch im allgemeinen in der Form des §. 380 einem Kinde oder weiteren Abkömmlinge das Erbrecht nicht genommen werden könne, diese Form hierzu ausreiche, wenn die Aufhebung der Enterbung eines anderen Kindes diese Folge habe. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den in den §§. 379. 380 ausgesprochenen Grund in dem Falle des Widerrufes einer vorher angeordneten Enterbung wieder aufgegeben habe. Der Widerruf der Enterbung eines Kindes, von welchem die §§. 414. 415 a. a. O. handeln, darf nur bezwecken, die Grundsätze und die Art der Teilung unter den Kindern und weiteren Abkömmlingen zu beeinflussen, nicht aber auch den anderen Kindern und weiteren Abkömmlingen ihr Erbrecht zu nehmen. Letzteres aber ist nach der Feststellung des Berufungsgerichtes vorliegend der Fall. Denn durch den Widerruf der rechtswirksamen Enterbung des O. K. wird der mit dieser Enterbung zur Erbin berufenen Descendenz desselben dieses Erbrecht wieder genommen. Es handelt sich also in der That um eine nur in der Form eines wirklichen Testamentes gültige letztwillige Verordnung im Sinne der §§. 379. 431 a. a. O." ...

---

45. Ist die Vorschrift der preußischen Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 §. 19 Abs. 3, wonach der Gläubiger, für welchen die Hinterlegung erfolgt, (behufs ungehinderten Zugriffes) bezeichnet werden muß, auch in denjenigen Fällen anwendbar, in welchen die Hinterlegung wegen mangelnder Gegenleistung geschieht?

V. Civilsenat. Urt. v. 22. März 1890 i. S. der Mz.'schen Eheleute (Bekl.) w. Mt. (Kl.) Rep. V. 322/89.

I. Landgericht Glatz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Frage ist vom Reichsgerichte verneint aus folgenden

Gründen:

„Es liegt folgender Sachverhalt vor:

Auf einem Grundstücke des Klägers zu Reichenstein stehen Abt. III Nr. 12. 13. 14 für Robert B. zusammen 6000 ℳ eingetragen. Diese

hypothekarische Forderung ist durch Erbgang auf die mitbeklagte Frau Mz. übergegangen. Kläger Mt. behauptet, daß er den beiden Beklagten, dem Ehemanne und der Ehefrau Mz., seine Schuld in den Jahren 1886 und 1887 wiederholt gekündigt habe, daß die Kündigung auch angenommen, jedoch die Ausstellung der von ihm gegen Zahlung der 6000 ℳ verlangten Cession an die Frau K. nicht zustande gekommen sei, weil in der zu diesem Zwecke angesetzten gerichtlichen Verhandlung vom 1. Mai 1887 jeder der Beklagten die Auszahlung des Geldes an ihn allein verlangt und anderen Falles die Cession verweigert habe. Der Kläger hat hierauf am 6. Mai 1887 bei dem Amtsgerichte Reichenstein folgenden Antrag zu Protokoll erklärt:

„Ich will meine Verbindlichkeiten gegen die Gläubigerin los sein und offeriere daher das Kapital von 6000 ℳ zur Hinterlegung als Mt.-Mz.'sche Streitmasse, und bitte, mir die Annahmerequisition an die Hinterlegungsstelle zu erteilen."

In der Hinterlegungserklärung von demselben Tage, welche die Unterschrift: „Königliches Amtsgericht" trägt, ist als Veranlassung zur Hinterlegung angegeben: „Streitmasse Mt. wider Mz. des Königlichen Amtsgerichtes Reichenstein" und in betreff der Person, an welche der Betrag ausgezahlt werden soll: „Vorbehalten." Von der Regierungs-Hauptkasse zu Breslau ist am 9. Mai 1887 der Eingang des Geldes bescheinigt. Der Kläger hat in dem vorliegenden Rechtsstreite beantragt, die beiden Beklagten zur Ausstellung einer Cession an Frau K. und die Beklagte Ehefrau Mz. zur Herausgabe des in ihrem Besitze befindlichen Hypothekendokumentes sowie zum Nachweise ihrer Erbeslegitimation zu verurteilen.

Der beklagte Ehemann Mz. bestreitet die Kündigung. Er will zufällig von der Kündigung an seine Ehefrau gehört und darauf mit dem Kläger vereinbart haben, daß derselbe gegen Ermäßigung des Zinsfußes auf $4^1/_2$ Prozent das Geld noch länger behalte. Er hält aber auch die Klage für unbegründet, weil es an einem gesetzlichen Hinterlegungsgrunde fehle. Er führt aus, der Kläger hätte ihm kündigen und zahlen und, sofern seine (des Beklagten) Ehefrau, mit welcher er im Scheidungsprozesse stehe, die Ausstellung einer Quittung oder Cession verweigerte, die Ergänzung ihrer Erklärung beim Vormundschaftsrichter beantragen müssen. Endlich glaubt er, daß die

Hinterlegung nicht dem Gesetze vom 14. März 1879 entspreche, weil sie nicht für die Gläubiger erfolgt sei.

Die Ehefrau Mz. hat sich den vom Kläger bestrittenen Behauptungen ihres Ehemannes angeschlossen. Beide Beklagte bitten um Abweisung der Klage. Diesem Antrage ist vom ersten Richter stattgegeben mit der Begründung, daß es an den gesetzlichen Erfordernissen der Hinterlegung fehle. Auf die Berufung des Klägers hat jedoch der zweite Richter die Verurteilung des Beklagten nach dem Klagantrage ausgesprochen. Der Berufungsrichter hat angenommen, daß die als Veranlassung der Hinterlegung in der Erklärung gemachte Angabe: „Mt.-Mz.'sche Streitmasse" zwar ungenau sei, weil eine solche Streitmasse nicht existiere, nnd daß es ferner der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 §. 19 Abs. 3 nicht entspreche, wenn statt des Namens des empfangsberechtigten Gläubigers in der Erklärung: „Vorbehalten" geschrieben stehe. Er entscheidet jedoch, daß diese Verstöße gegen die Hinterlegungsordnung dem Amtsgerichte zur Last fallen, und daß der Kläger für dieselben nicht verantwortlich gemacht werden könne. Er führt dann aus, die gerichtliche Verhandlung vom 14. Juni 1887 ergebe, daß damals die Fälligkeit des Kapitales von seiten der Beklagten anerkannt, die Empfangnahme desselben jedoch aus unzulässigen Gründen abgelehnt sei. Daraus folgert er, daß der Kläger aus rechtmäßigen Gründen hinterlegen durfte, und nimmt an, daß er, soweit es an ihm (dem Kläger) lag, den Vorschriften der Hinterlegungsordnung durch Hinterlegung des Geldes bei dem Amtsgerichte nachgekommen sei. Da die rechtmäßige Hinterlegung in ihrer Wirkung der Zahlung gleichstehe, so sei Kläger durch dieselbe von der Schuld befreit worden. Die obwaltenden Hindernisse gegen die Auszahlung hätten die Beklagten durch einen gemeinschaftlichen Antrag an die Regierung oder an das Amtsgericht beseitigen können.

Die gegen diese Entscheidung von den Beklagten eingelegte Revision kann keinen Erfolg haben.

Durch die von der Ehefrau Mz. vorgetragene Behauptung, sie sei rechtskräftig geschieden und nunmehr alleinige Gläubigerin, wird das von ihrem Ehemanne eingelegte Rechtsmittel, auch wenn man die in jetziger Instanz neu aufgestellte Thatsache berücksichtigen dürfte, nicht gegenstandslos, da der Ehemann Mz. wegen des ihm an der

Forderung seiner früheren Ehefrau zustehenden maritalischen Nießbrauches ein Interesse an der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung hat.

Daß bei der Weigerung der Mz.'schen Eheleute, gemeinschaftlich Quittung oder Cession zu erteilen, für den Kläger ein gesetzlicher Grund gegeben war, die Schuld zu hinterlegen, entscheidet der Berufungsrichter aus zutreffenden Gründen. . . .

Ferner kann die Beschwerde des Ehemannes Mz. nicht für begründet erachtet werden, welche rügt, daß sein Bestreiten der Fälligkeit der Forderung unberücksichtigt geblieben sei." . . . (Das wird näher ausgeführt.)

„Geht man hiernach mit dem Berufungsrichter davon aus, daß für den Kläger ein rechtmäßiger Grund zur Hinterlegung vorlag, so hängt die Entscheidung der Sache davon ab, ob die Hinterlegung in den vom Gesetze vorgeschriebenen Formen erfolgt ist. Der §. 19 der preußischen Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 bestimmt im Abs. 1:

„In den Geltungsbereichen des Allgem. Landrechtes — finden auf Hinterlegungen, welche der Schuldner eines Geldbetrages bewirkt, um von seiner Verbindlichkeit sich zu befreien, die nachstehenden Bestimmungen Anwendung";

und im Abs. 3:

„In der nach §. 14 erforderlichen Erklärung muß der Gläubiger, für welchen die Hinterlegung erfolgt, bezeichnet werden."

Der zweite Abschnitt des Gesetzes schreibt in betreff der vorläufigen Verwahrung bei den Amtsgerichten vor, daß sie in dem Verhältnisse zwischen den Beteiligten die Wirkungen einer Hinterlegung hat (§. 72). Sie soll zwar nur in dringenden Fällen stattfinden (§. 73). Ob aber ein solcher Fall vorliegt, untersteht, sofern nach den Bestimmungen des Gesetzes selbst nicht die Dringlichkeit anzunehmen ist (§. 74), dem Ermessen des Amtsgerichtes. Der §. 77 bestimmt sodann im Schlußsatze:

„Im Falle des §. 19 Abs. 1 finden die Vorschriften des §. 19 Abss. 3. 5. 6 entsprechende Anwendung."

Sofern dem Berufungsrichter darin beizustimmen wäre, daß diese Vorschriften im gegebenen Falle anzuwenden seien, könnte die von ihm ausgesprochene Verurteilung der Beklagten zur Cession ꝛc nicht aufrechterhalten werden. Denn der §. 19 Abs. 3 a. a. O. bestimmt

ausdrücklich, daß im Geltungsbereiche des Allgem. Landrechtes bei Hinterlegungen behufs Befreiung von einer Verbindlichkeit, mögen dieselben direkt bei der Hinterlegungsstelle oder vorläufig beim Amtsgerichte geschehen, die Hinterlegungserklärung (§. 14 der Hinterlegungsordnung) den Gläubiger, für welchen die Hinterlegung erfolgt, bezeichnen muß. Diesem Erfordernisse ist, wie der Berufungsrichter anerkennt, hier nicht genügt. Seine Ansicht, daß der Kläger ungeachtet eines von dem Amtsgerichte begangenen Verstoßes gegen die Vorschrift des §. 19 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung durch die Hinterlegung des Geldes bei der Regierungshauptkasse von seiner Schuld befreit worden sei, und daß den Beklagten obgelegen habe, gemeinschaftlich bei der Regierung oder bei dem Amtsgerichte Schritte zu thun, um die Hindernisse gegen die Empfangnahme des Geldes zu beseitigen, muß für rechtsirrtümlich erachtet werden. Die Hinterlegungsordnung hat die in den §§. 214 flg. A.L.R. I. 16 angeordnete richterliche Prüfung über die Zulässigkeit der Hinterlegung aufgehoben. Analog dem im rheinischen Rechte schon früher bestehenden Verfahren,

vgl. Kunze, Hinterlegungsordnung S. 56 flg.,

soll, wenn ein Schuldner sich durch Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit befreien will, der Hinterlegungsstelle die Prüfung, an wen die Auszahlung zu geschehen habe, abgenommen werden. Der Gläubiger darf nach §. 19 Abs. 3 a. a. O. durch die an Stelle der Zahlung tretende Hinterlegung nicht behindert sein, die ihm gebührende Leistung von der Hinterlegungsstelle in Empfang zu nehmen. Es ist Sache des Schuldners, auf dem vom Gesetze bezeichneten Wege den Gläubiger in diese Lage zu versetzen. Geschieht das nicht, so fehlen dem Gläubiger gegenüber diejenigen Bedingungen, von welchen das Gesetz die Befreiung des Schuldners abhängig macht.

Die Ehefrau Mz. hat ausgeführt, der Kläger habe die 6000 ℳ direkt der Regierungshauptkasse übermittelt, also selbst die fehlerhafte Erklärung ausgestellt. Der Berufungsrichter scheint dagegen von der Ansicht auszugehen, das Geld sei an das Amtsgericht gezahlt und mit einer von diesem gefertigten Erklärung an die Regierungshauptkasse geschickt. Legt man aber auch die letztere, dem Kläger günstigere Annahme der Entscheidung zu Grunde, so bleibt immer bestehen, daß für die Beklagten nicht der im §. 19 Abs. 3 bestimmte Zustand geschaffen war, daß also ihnen gegenüber die Befreiung des Klägers

nicht eintrat. Ob das Amtsgericht, wenn ihm ein Versehen zur Last fiele, dafür haften würde, berührt die hier zu entscheidende Frage nicht. Eine Verpflichtung der Beklagten, die Hindernisse zu beseitigen, welche durch die fehlerhafte Erklärung der Auszahlung des Geldes an sie entgegenstanden, läßt sich nicht anerkennen. Die verurteilende Entscheidung wird deshalb von dem rechtlichen Standpunkte des Berufungsrichters aus durch die dafür gegebenen Gründe nicht getragen.

Das Reichsgericht hat jedoch angenommen, daß die mehrgedachte Bestimmung des §. 19 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung auf den vorliegenden Fall überhaupt keine Anwendung findet. Das Allgem. Landrecht enthält eine Reihe von Vorschriften, nach welchen aus verschiedenen Gründen die Hinterlegung einer Schuld für zulässig erklärt wird (§. 159 I. 7, §§. 99. 222. 372 I. 11, §. 329 I. 12, §§. 50. 79. 92 flg. 426 I. 14, §§. 131. 213 flg. I. 16, §. 156 I. 17, §. 182 I. 20, §. 121 II. 12). Der eine Teil dieser Gesetze gestattet dem Schuldner die Hinterlegung, wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigert oder sonstige in der Person des Gläubigers liegende Gründe dem Schuldner die Erfüllung unmöglich machen. In diesen Fällen hat die Hinterlegung für den Schuldner die Wirkung der Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Da hier jedoch die Empfangnahme der Leistung nur von dem Willen des Gläubigers abhängt, so kann die Wirkung für den Schuldner nur eintreten, wenn die Hinterlegung in der Weise erfolgt, daß dem Gläubiger der ungehinderte Zugriff freisteht.

Bei einem anderen Teile jener Gesetze aber wird dem Schuldner die Hinterlegung wegen fehlender Gegenleistung gestattet. Hier soll dem Schuldner, welcher seinerseits zur Erfüllung bereit ist, gegenüber dem mit der Gegenleistung zögernden Gläubiger das Mittel gegeben werden, sich durch Hinterlegung von der Leistung zu befreien. Diese Befreiung tritt jedoch nicht unbedingt mit der Hinterlegung ein, sondern nur unter der Voraussetzung, daß dem Schuldner diejenige Gegenleistung, wegen deren Ausbleiben er die Erfüllung zu Händen des Gläubigers verweigert, rechtlich zusteht. Trifft das nicht zu, so bleibt der Schuldner trotz der Hinterlegung verhaftet. Andererseits kann der Gläubiger die hinterlegte Leistung nicht beliebig, sondern nur, wenn er die Gegenleistung erfüllt, beanspruchen. Es läßt sich unmöglich annehmen, daß die Hinterlegungsordnung diese Grundsätze des Vertragsrechtes ändern und für die Befreiung des Schuldners

hat vorschreiben wollen, daß dem mit der Gegenleistung im Verzuge befindlichen Gläubiger der Zugriff auf die hinterlegte Leistung unbedingt freigestellt werden müsse. Wenn im §. 19 Abs. 3 gesagt wird, daß der Gläubiger, für welchen die Hinterlegung erfolgt, bezeichnet werden soll, so deutet diese Ausdrucksweise genügend an, daß das Gesetz nur Fälle der oben zuerstgedachten Art im Auge hat. In den Fällen der zweiten Art wird zwar auch für den Gläubiger hinterlegt, aber unter Bedingungen, über deren Vorhandensein die Hinterlegungsstelle nicht befinden kann und nach dem Gedanken des Gesetzes nicht befinden sollte. Die Formvorschrift des §. 19 Abs. 3 paßt auf diese Fälle in keiner Weise. Es muß hier vielmehr für ausreichend erachtet werden, wenn die Person des Empfängers dem §. 14 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung gemäß „soweit thunlich" bezeichnet und dabei angedeutet wird, daß die Auszahlung der hinterlegten Summe noch von weiteren Bedingungen abhängig ist. Die Entscheidung darüber, ob und an wen die Auszahlung zu erfolgen hat, gebührt, wenn keine Einigung der Interessenten erfolgt, dem Richter.

Im vorliegenden Falle behauptet der Kläger, daß er durch Hinterlegung der 6000 ℳ der ihm obliegenden Zahlungspflicht genügt habe, und er verlangt von den Beklagten als Gegenleistung Ausstellung einer Cession auf die Frau K. Es unterliegt keinem Bedenken, daß der Anspruch begründet ist, sofern die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung feststeht. Denn §. 86 A.L.R. I. 16 bestimmt, daß der zahlende Schuldner Quittung, und §. 125 das., daß er bei verbrieften Forderungen Rückgabe des Dokumentes verlangen darf. Ist das Dokument abhanden gekommen, so muß der Gläubiger nach §. 126 das. einen Mortifikationsschein beschaffen. Thut er das nicht, so braucht der Schuldner nur gegen annehmliche Kaution Zahlung zu leisten und kann in deren Entstehung die zu zahlende Summe gerichtlich hinterlegen (§. 131 das.). Bei hypothekarisch eingetragenen Forderungen hat nach §. 63 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 der zahlende Schuldner die Wahl, Quittung oder Cession zu verlangen. In der Judikatur des preußischen Rechtes hat denn auch niemals ein Zweifel darüber bestanden, daß der Leistung des Pfandschuldners als Gegenleistung das Recht auf Quittung bezw. Cession und auf Rückgabe des Hypothekendokumentes gegenübersteht (vgl. Turnau, Grundbuchordnung §. 63 Note 1, 4. Aufl. Bd. 1 S. 529 flg. und die

dort Angeführten). Da die Beklagten diese Leistung verweigert oder von unzulässigen Bedingungen abhängig gemacht haben, so hängt die Entscheidung der Sache allein davon ab, ob der Kläger durch die Hinterlegung der 6000 ℳ von der ihm obliegenden Verbindlichkeit befreit worden ist. Daß er einen gesetzlichen Grund zur Hinterlegung hatte (§. 131 A.L.R. I. 16), ist bereits oben gesagt. Bei der Frage, ob die Formvorschriften der Hinterlegungsordnung beobachtet sind, muß davon ausgegangen werden, daß es sich um eine Hinterlegung wegen mangelnder Gegenleistung handelt, daß also die Bestimmung des §. 19 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung hier keine Anwendung findet. Der Vermerk in der Hinterlegungserklärung „Mt.-Mz.'sche Streitmasse" deutet aber genügend an, daß die Auszahlung von einem zwischen den Interessenten streitigen Rechtsverhältnisse abhängig, und der Vermerk „Vorbehalten" in der Kolonne, betreffend die Bezeichnung der Person des Empfängers, bringt zum Ausdrucke, daß der Empfänger zur Zeit noch nicht angegeben werden konnte. Durch die Erklärung ist der Hinterlegungsstelle also ausreichend Kenntnis davon gegeben, daß die Auszahlung nicht bloß von dem Zugriffe des Gläubigers, sondern noch von weiteren, eventuell durch Richterspruch zu entscheidenden Rechtsverhältnissen bedingt sein sollte. Eine Änderung dieser Sachlage würde allerdings anzunehmen sein, wenn die Hinterlegung mit der Beschränkung erfolgt wäre, daß der Schuldner (der Kläger) sich die beliebige Rücknahme des Geldes vorbehalten hätte. Das kann jedoch nach §. 19 Abs. 6 der Hinterlegungsordnung nur durch ausdrücklichen Vorbehalt in der Hinterlegungserklärung geschehen. Und auch in diesem Falle ist die Zurücknahme nur so lange zulässig, als der Hinterlegungsstelle nicht eine Annahmeerklärung des Gläubigers (der Beklagten) vorgelegt wird. Einen derartigen Vorbehalt enthält die Erklärung im gegebenen Falle nicht. Aus dem Umstande, daß der Hinterlegende sich die Bezeichnung der Person des Empfängers vorbehalten hat, folgt nicht, daß er sich auch die Zurücknahme vorbehalten wollte. Das Gesetz verlangt für diesen Fall eine ausdrückliche Erklärung. Es muß deshalb angenommen werden, daß ein Verstoß gegen die Formvorschriften der Hinterlegungsordnung hier nicht stattgefunden hat.

Daß endlich der Kläger, sobald die Beklagten die ihnen obliegende Gegenleistung erfüllen, verpflichtet ist, in die Auszahlung der hinter-

legten Summe zu willigen, hat er niemals bestritten. Es brauchte deshalb, in Ermangelung von besonderen Anträgen der Beklagten in den Vorinstanzen, der Urteilstenor in dieser Beziehung keine Bestimmung zu treffen."

---

46. Was ist unter den „eigenen dergleichen Gebäuden" zu verstehen, durch deren Besitz nach §. 791 A.L.R. II. 11 Filial- und zugeschlagene Kirchengemeinden von der Beitragspflicht zu den Pfarrbauten bei der gemeinschaftlichen Kirche befreit werden?

IV. Civilsenat. Urt. v. 27. März 1890 i. S. der Kirchengemeinden u. Eingepfarrten zu R. S. u. K. (Bekl.) w. die Kirchengemeinde u. Eingepfarrten zu G. (Kl.) Rep. IV. 329/89.

I. Landgericht Meseritz.
II. Oberlandesgericht Posen.

Die katholischen Kirchen zu G., S. und K. sind Tochterkirchen der Pfarrkirche zu R. Das von dem Pfarrer bewohnte Pfarrgehöft befindet sich zu R. Durch Resolut der Königl. Regierung zu P. vom 8. Juli 1884 ist angeordnet, daß das auf diesem Pfarrgehöfte befindliche baufällige Speicher- und Waschhausgebäude abzubrechen und ein neues an dessen Stelle zu errichten, und daß die Baukosten bei Unzulänglichkeit der Kirchenkasse zu zwei Dritteln vom Patron und zu einem Drittel von den Mitgliedern der vier genannten Kirchengemeinden zu tragen, von den letzteren auch die Hand- und Spanndienste zu leisten seien. Im gegenwärtigen Rechtsstreite haben die Kläger auf generelle Feststellung ihrer Nichtverpflichtung, zu den Baukosten der Pfarrgebäude in R. beizutragen, auf Grund des §. 791 A.L.R. II. 11 und der Behauptung geklagt, daß sich auch in G. ein von ihnen zu unterhaltendes Pfarrgehöft befinde.

Der erste Richter hat auf Abweisung der Klage erkannt, indem er den Klaganspruch, soweit sich derselbe auf das erwähnte Speicher- und Waschhausgebäude bezieht, für unbegründet erachtet, da in G. ein von den Klägern zu unterhaltendes Speicher- und Waschhausgebäude nicht vorhanden sei, im übrigen aber die gesetzlichen Erfordernisse der Feststellungsklage nicht als gegeben ansieht. Der Be-

rufungsrichter hingegen erachtet die Voraussetzungen der Feststellungsklage bezüglich des ganzen Klaganspruches für vorliegend und letzteren selbst für begründet, weil unstreitig die klagende Kirchengemeinde ein in G. belegenes, mit Gebäuden besetztes und dem Pfarrer zur Nutznießung dienendes Gehöft zu unterhalten habe, und es nach §. 791 a. a. O. nicht darauf ankomme, ob jene Gebäude zur Wohnung für den Pfarrer eingerichtet seien oder nicht.

Der hiergegen von den Beklagten eingelegten Revision ist stattgegeben aus folgenden, obige Frage betreffenden

Gründen:

... „In der Sache selbst ist unstreitig, daß sich auch in G. ein Pfarrgehöft mit drei Gebäuden — einem Wohnhause, einem Viehstalle und einer Scheune — befindet, welche von den Klägern allein zu unterhalten sind. Das Wohnhaus bezeichnen die Kläger als Pfarrhaus und behaupten, daß dasselbe, in dessen einer Hinterstube sich auch eine ausreichende Waschgelegenheit befunden habe, in früherer Zeit als Wohnung eines Pfarrvikars und demnächst als Absteigequartier des Pfarrers benutzt worden, während es gegenwärtig allerdings an den Pächter der Pfarrländereien und zwei Einlieger vermietet sei und von diesen bewohnt werde. Nach der ferneren Behauptung der Kläger soll sich auch in einer vor mehreren Jahren abgebrochenen Scheune ein Speicher befunden haben und von dessen Neuerrichtung nur auf Wunsch des damaligen Pfarrers Abstand genommen sein. Sie erbieten sich zur Wiederherstellung des Waschhauses und Speichers auf ihre Kosten. Dagegen haben die Beklagten unter Bestreiten der gegnerischen Anführungen behauptet, daß das vorerwähnte Wohnhaus von Anfang an nur dazu bestimmt gewesen und auch dazu verwendet sei, den daselbst beschäftigten Arbeiterfamilien zur Wohnung zu dienen, daß es daher, ebenso wie die anderen Baulichkeiten, zu den Wirtschaftsgebäuden gehöre, wie sich denn auch in R. außer dem Pfarrhause noch drei Probsteiwohngebäude befänden, zu deren Unterhaltung die Kläger nicht beizutragen hätten. Feststellungen sind hierüber sowie über die Qualität des zu erbauenden Waschhaus- und Speichergebäudes, welches in den Gründen des Regierungsresolutes vom 8. Juli 1884 als „zum persönlichen Gebrauche des Pfarrers bestimmt" bezeichnet ist, von den Vorinstanzen nicht getroffen, vielmehr haben beide ihre auf den unstreitigen Teil

des Sachverhaltes gegründeten Entscheidungen lediglich aus dem — von ihnen verschieden ausgelegten — §. 791 A.L.R. II. 11 entnommen, welcher bestimmt:

„Doch sind Filial- und zugeschlagene Gemeinen von allen Beiträgen zu Pfarr- und Küstergebäuden bei der gemeinschaftlichen Kirche frei, wenn sie eigene dergleichen Gebäude zu unterhalten haben."

Der erste Richter hat die Anwendung dieser Vorschrift schon dadurch für ausgeschlossen erachtet, daß sich in G. zur Zeit ein Waschhaus- und Speichergebäude, wie solches in R. bis jetzt vorhanden gewesen ist und neu hergestellt werden soll, nicht befindet. Er giebt also dem Worte „dergleichen" die Bedeutung von Gleichartigkeit im engsten Sinne. Der Berufungsrichter hingegen sieht es für die Anwendbarkeit des §. 791 a. a. O. als ausreichend an, wenn sich in der Filialgemeinde nur Baulichkeiten — gleichviel, ob Wirtschafts- oder Wohngebäude — befinden, welche der Nutznießung des Pfarrers dienen und von ihr allein zu unterhalten sind. Keiner dieser Auffassungen ist beizutreten. Sowohl von dem vormaligen preußischen Obertribunale, als auch vom Reichsgerichte ist der Grundsatz ausgesprochen und stets festgehalten, daß die gemeinschaftliche Baupflicht mehrerer, unter einem Pfarrer vereinigter Kirchengemeinden hinsichtlich der Pfarrgebäude, die die Regel bildet, von welcher §. 791 a. a. O. eine Ausnahme macht, ein Korrelat der gemeinschaftlichen Benutzung der Gebäude ist.

Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 39 S. 289 flg., Urtt. des R.G.'s vom 26. Oktober 1882 (abgedruckt in Gruchot, Beiträge Bd. 27 S. 974), vom 12. Februar 1885 (abgedruckt das. Bd. 29 S. 697), vom 6. Dezember 1886 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 153) und vom 23. März 1888 (Rep. IV. 370/87).

Es liegt dabei der Gedanke zu Grunde, daß diejenige Gemeinde, welche durch die Mitbenutzung der in einer anderen Gemeinde befindlichen Pfarrgebäude Ausgaben spart, die sie zu machen haben würde, wenn sie einen eigenen Pfarrer hätte, billigerweise zu den Unterhaltungskosten jener Gebäude beitragen muß. Diese Pflicht reicht daher in jedem Falle so weit, aber auch nicht weiter, als eine Mitbenutzung in dem angegebenen Sinne stattfindet.

Vgl. Entsch. des Obertrib. a. a. O. S. 293.

Nun wird aber dadurch, daß sich in der Filialgemeinde die zur Bewirtschaftung der dortigen Pfarrländereien erforderlichen Wirtschaftsgebäude befinden, die Mitbenutzung des nur in der Muttergemeinde befindlichen Pfarrwohnhauses sowie anderer zum persönlichen Gebrauche des Pfarrers dienlicher Baulichkeiten nicht erübrigt. Es kann also auch die Mitunterhaltungspflicht der Filialgemeinde bezüglich der letztgedachten Gebäude durch das bloße Vorhandensein eigener Wirtschaftsgebäude nicht beseitigt werden, und die entgegenstehende Auffassung des Berufungsrichters entspricht nicht dem Gesetzesinhalte. Andererseits aber faßt der erste Richter den Begriff der Gleichartigkeit der Gebäude zu eng auf. Nach dem dargelegten Sinne des Gesetzes kann vielmehr die Pflicht einer Filialgemeinde, welche selbst die zur Bewirtschaftung ihrer Pfarrländereien erforderlichen Baulichkeiten besitzt und zu unterhalten hat, zur Mitunterhaltung der Wirtschaftsgebäude auf dem Pfarrgehöfte der Muttergemeinde ohne weiteres nicht anerkannt werden. Denn von vornherein ist nicht anzunehmen, daß sie derselben bedürfen würde, wenn sie einen eigenen Pfarrer hätte, sofern nicht im Einzelfalle besondere, für das Gegenteil sprechende Umstände dargelegt sind. Die Ungleichartigkeit der einzelnen Wirtschaftsgebäude auf den verschiedenen Pfarrgehöften genügt für sich allein hierzu nicht.

Von diesem rechtlichen Gesichtspunkte aus (von welchem übrigens auch die Verwaltungsbehörden in dem eingangs erwähnten Resolute wie in früheren Entscheidungen ausgegangen zu sein scheinen) erweist sich das Berufungsurteil als nicht haltbar. Die Sache selbst ist aber zur Endentscheidung noch nicht reif. Vielmehr bleibt noch festzustellen:

1. ob das zunächst in Frage stehende Wasch- und Speichergebäude zum persönlichen Gebrauche des Pfarrers oder für die Zwecke der Bewirtschaftung der Pfarrländereien in R. bestimmt ist. Letzteren Falles ist eine Beitragspflicht der Kläger nach jetziger Sachlage nicht begründet, während solche im ersten Falle grundsätzlich anzuerkennen und durch den Umstand, daß sich früher ein denselben Zwecken dienendes Gebäude auch in G. befunden habe, nicht beseitigt sein würde, da es in dieser Hinsicht nur auf den gegenwärtigen Zustand ankommt, und an dessen Rechtsfolgen das klägerische Erbieten zur Wiederherstellung des eingegangenen Gebäudes nichts zu

ändern vermag (vgl. das angezogene Urteil des Reichsgerichtes vom 23. März 1888);

2. ob sich, wie Kläger behaupten, auch in G. ein, wenngleich zur Zeit an andere Personen vermietetes Pfarrwohnhaus, das zu diesem Zwecke bestimmt gewesen und an sich geeignet ist, befindet, welchenfalls Kläger nach den entwickelten Grundsätzen von der Beitragspflicht für das Pfarrwohnhaus in R. frei sein würden.

Je nach dem Ergebnisse der desfallsigen Ermittelungen kann sich daher der Klaganspruch auch als teilweise begründet, teilweise unbegründet herausstellen." . . .

---

47. Bedeutung der Behauptung des Käufers, er habe die Kaufpreisraten durch Benutzung der gekauften Maschine verdienen wollen, dies sei dem Verkäufer bekannt gewesen, aber durch die vertragswidrige Beschaffenheit der Maschine verhindert worden.
Umfang der Rechtskraft eines im Wechselprozesse ergangenen Urteiles.

I. Civilsenat. Urt. v. 27. März 1890 i. S. K. (Kl. u. Widerbekl.) w. Sh. & E. (Bekl. u. Widerkl.) Rep. I. 23/90.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Schmied K. in Ostrowo hatte von den Maschinenfabrikanten Sh. & E. in Breslau einen schon gebrauchten Dreschsatz, d. i. Lokomobile und Dreschmaschine, für 3300 ℳ gekauft. Er zahlte 500 ℳ am 9. August 1888 an. Der Restkaufpreis sollte in Raten von 400 bezw. 500 ℳ am 1. Februar und 1. November der folgenden Jahre gezahlt werden mit 5 Prozent Zinsen und $1^1/_2$ Prozent Provision. Nach der Behauptung der Verkäufer enthielt der Vertrag auch den Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises und die clausula cassatoria für den Verzug des Käufers bei Zahlung einer Rate. Nach der Behauptung des Käufers haben die Verkäufer für solide Arbeit, gutes Material und Leistungsfähigkeit auf ein Jahr Garantie übernommen. Die Maschinen wurden übergeben und vom Käufer an verschiedenen Orten in Betrieb gesetzt, und zwar mit ungünstigem Erfolge, was nach des Käufers Annahme aus der

mangelhaften Beschaffenheit der Maschinen, nach der Verkäufer Behauptung aus nicht sachverständiger Inbetriebsetzung herrührte.

In der vorliegenden Klage klagt, unter Vorbehalt der Geltendmachung seiner Schadensansprüche, der Käufer gegen die Verkäufer auf Vornahme verschiedener Reparaturen an den verkauften Maschinen.

Die Beklagten bestreiten die schlechte Beschaffenheit der Maschinen und berufen sich auf eine bei der Abnahme derselben durch einen Vertreter des Klägers ausgestellte Quittung. Sie erhoben ferner Widerklage auf Herausgabe der Maschinen wegen Nichtzahlung der beiden ersten Kaufpreisraten. Der erste Richter nimmt die Widerklage als begründet an, der Einwand der mangelhaften Erfüllung sei nicht geeignet, die Widerklage zu entkräften. Die behaupteten Mängel hätten höchstens einen Wert von 150 ℳ, der Kläger sei daher höchstens berechtigt gewesen, soviel zu retinieren, er habe aber nicht die ganzen Ratenbeträge zurückhalten dürfen. Infolge der Begründung der Widerklage komme die Klage nicht weiter in Frage. Der Widerbeklagte wird demgemäß zur Herausgabe der Maschinen verurteilt.

In der Berufungsinstanz legt der Kläger, wie er auch schon in erster Instanz angedeutet hatte, darauf besonderes Gewicht, daß er die Maschinen zum Lohndrusche gekauft, und daß er den Kaufgelderrest aus dem durch die Maschinen zu verdienenden Lohne habe bezahlen wollen; dies sei den Beklagten mitgeteilt bezw. mit diesen vereinbart worden. Die Beklagten hätten für ein Jahr Garantie für solide Arbeit, gutes Material und Leistungsfähigkeit geleistet. Wären die Maschinen leistungsfähig gewesen, so würde er die Kaufpreisraten und außerdem noch etwa 1800 ℳ haben verdienen können. Da sie nicht leistungsfähig gewesen, könnten die Beklagten den Kaufpreisrest nicht fordern, müßten ihm auch den entgangenen Gewinn ersetzen.

Da das erste Urteil einstweilen vollstreckt war, so fügte der Kläger seinem ersten Antrage noch den weiteren hinzu, die Beklagten zu verurteilen, dem Kläger die demselben zwangsweise abgenommene Lokomobile und Dreschmaschine wieder zurückzugeben und dem Kläger den durch die Wegnahme entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der Berufungsrichter schloß sich den Ausführungen des ersten Richters an und wies die Berufung zurück.

Auf Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter gelangt, nachdem er im Anfange seiner Ausführungen das Hauptargument des Klägers aus der beabsichtigten Verwendung der Maschinen zum Lohndrusche beseitigt hat, ganz konsequent zu seiner Entscheidung, denn es ist ganz richtig, daß die mangelhafte Erfüllung der einen Seite der anderen nicht das Recht giebt, ihre Erfüllung zu versagen.

Allein der Berufungsrichter durfte jenes Argument nicht so, wie es geschehen, nämlich durch eine mißverständliche Auffassung oder falsche Deutung, beseitigen. Es ist allerdings richtig, daß die vom Kläger behauptete Vereinbarung nicht so aufzufassen ist, daß der Kaufpreis aus dem mit der Maschine gemachten Verdienste bezahlt werden sollte, daß also, wenn kein Verdienst gemacht würde, keine Zahlung geleistet zu werden brauchte, oder daß nur, soweit als Verdienst gemacht wurde, Zahlung zu leisten war. Ein derartiges (gesellschaftsartiges) Moment findet sich in der sog. Vereinbarung nicht; dasselbe ist, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, durch die genau festgesetzten Zahlungsbedingungen ausgeschlossen. Es kann sogar nicht einmal eine wirkliche Vereinbarung in dem gefunden werden, was der Kläger selbst vorbringt. Es ist nichts Weiteres geschehen, als daß der Kläger den Beklagten die Gründe mitgeteilt hat, welche ihn zum Abschlusse des Vertrages in der fraglichen Weise bestimmten, oder vielleicht, daß die Beklagten den Kläger auf diese Erwägungen geführt haben. Hierdurch haben die Leistungen, zu welchen sich die Parteien verpflichteten, keinen anderweiten Inhalt bekommen. Kein Teil hatte infolge dieser Beredungen mehr oder weniger zu leisten, als er nach den Worten des Vertrages übernommen hatte.

Allein wenn der Verkäufer weiß, daß infolge der von ihm verschuldeten mangelhaften Lieferung des Kaufobjektes bezw. infolge der rechtswidrigen Unterlassung der von ihm geforderten Reparatur der Käufer außer stande ist, den Kaufpreis zu zahlen, so handelt der Verkäufer dolos, wenn er, trotzdem er dies weiß, schon jetzt den Kaufpreis fordert. Eine derartige exceptio doli ist im Vorbringen des Klägers enthalten. Der Berufungsrichter durfte dieselbe nicht einfach ignorieren, sondern mußte ihre Begründung untersuchen. Daß er dies nicht gethan hat, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteiles.

Die Revisionsbeklagten haben das Berufungsurteil aufrechtzuerhalten versucht durch Berufung auf die Rechtskraft des über die Verpflichtung zur Zahlung der am 1. November 1888 fälligen Kaufgelderrate ergangenen Urteiles. Allein aus dem Thatbestande des Berufungsurteiles ergiebt sich nichts Weiteres, als daß durch jenes Versäumnisurteil vom 19. November 1888 der Kläger zur Zahlung eines von ihm am 9. August 1888 über den Betrag von 410,50 ℳ ausgestellten, am 2. November 1888 zahlbaren Wechsels verurteilt worden ist. Mag es nun auch deutlich erkennbar sein, daß der Wechsel über die am 1. November 1888 fällige Kaufpreisrate ausgestellt war, so ist doch darum in jenem über die Wechselforderung selbst ergangenen Urteile kein richterlicher Ausspruch über das der Wechselforderung zu Grunde liegende rechtliche Verhältnis enthalten. Daß der damalige Beklagte der Wechselklage gegenüber aus dem unterliegenden Verhältnisse keinen Einwand erhoben hat, entzieht ihm zwar die Möglichkeit, das damals ergangene Urteil auf Grund jenes Verhältnisses anzufechten; allein eine weitere Wirkung kann dieser Unterlassung nicht zugeschrieben werden."

---

48. 1. Inwieweit steht einem Gesellschafter der einseitige Rücktritt von dem Gesellschaftsvertrage frei?

2. Kann dem sein Teilnahmerecht an dem Gesellschaftserwerbe geltend machenden Gesellschafter der Einwand des nicht erfüllten Vertrages entgegengesetzt werden?

3. Inwieweit finden die auf die Ausschließung eines Gesellschafters bezüglichen Vorschriften des Allgem. Landrechtes auf eine nur aus zwei Mitgliedern bestehende Gesellschaft Anwendung?

A.L.R. I. 5 §§. 271. 408 flg., I. 17 §§. 269 flg.

IV. Civilsenat. Urt. v. 31. März 1890 i. S. H. (Bekl.) w. St. (Kl.) Rep. IV. 380/89.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Die Parteien haben sich mittels schriftlichen Vertrages vom 12. Juni 1886 zur gemeinschaftlichen Bebauung eines vom Beklagten

für eigene Rechnung erworbenen Bauplatzes vereinigt. In §. 2 dieses Vertrages ist festgesetzt:

„Beide Kontrahenten werden bemüht sein, den Bau und somit das gegenseitige Interesse nach besten Kräften zu fördern, und sie teilen den aus den Mieten oder bei einem Verkaufe sich ergebenden Gewinn, tragen auch den etwaigen Ausfall bezw. Verlust zu gleichen Teilen."

Der Kläger, welcher als Maurerpolier bei dem Baue thätig gewesen ist, hat vor Vollendung desselben seine Thätigkeit eingestellt, weil ihm wie er behauptet, der Beklagte unter Drohungen erklärt habe, er solle sich auf dem Baue nicht mehr sehen lassen.

Nach Fertigstellung des Baues begehrt der Kläger im gegenwärtigen Prozesse von dem Beklagten Rechnungslegung über die Kosten des Baues einschließlich der Grunderwerbungskosten und Einstellung einer bestimmten Summe für die vom Beklagten selbst zeitweise benutzten Räume unter die Einnahmen des Grundstückes. Der erste Richter hat die Entscheidung von einem dem Kläger über den Grund seiner Arbeitseinstellung auferlegten Eide abhängig gemacht. Dagegen hat der Berufungsrichter durch Urteil vom 1. Februar 1889 die Klage abgewiesen, weil es, da nach dem Einverständnisse beider Teile der Beklagte alleiniger Eigentümer des errichteten Gebäudes habe werden sollen und geworden sei, an einem gemeinschaftlichen, für beide Teile gleichartigen Vermögensinteresse fehle, in Ermangelung eines solchen aber ein Gesellschaftsvertrag, aus welchem dem Kläger der geltend gemachte Anspruch hätte erwachsen können, nicht vorliege.

Dieses Urteil ist durch das Revisionsurteil vom 24. Juni 1889 aufgehoben, weil der gemeinsame Erwerbszweck der Kontrahenten auf den aus der Vermietung oder dem Verkaufe des Hauses zu erzielenden Gewinn gerichtet gewesen und hierin ein gemeinschaftliches und gleichartiges Vermögensinteresse derselben zu finden sei, wie es der Gesellschaftsvertrag erheische, wogegen die Gleichheit des erstrebten Vermögensvorteiles für alle Gesellschafter nicht erforderlich sei.

Auf Grund der angeordneten neuen Sachverhandlung hat nunmehr der Berufungsrichter auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten erkannt, und die hiergegen von letzterem eingelegte Revision erscheint nicht begründet.

In Übereinstimmung mit der in dem Revisionsurteile vom 24. Juni 1889 dargelegten Rechtsauffassung geht der Berufungsrichter jetzt von der nicht anfechtbaren Annahme aus, daß zwischen den Parteien durch den schriftlichen Vertrag vom 12. Juni 1886 ein Gesellschaftsverhältnis begründet sei, aus welchem für den Beklagten die Verpflichtung zu der vom Kläger begehrten Rechnungslegung erwachsen sein würde, falls nicht letzterer seines vertraglichen Rechtes aus irgend einem Grunde verlustig gegangen wäre, und dies verneint der Berufungsrichter, ohne daß ihn der gegründete Vorwurf einer den Beklagten beschwerenden Rechtsnormverletzung trifft.

I. Der Beklagte hat zunächst eingewendet, daß der Kläger selbst durch konkludente Handlungen von dem gedachten Vertrage zurückgetreten sei und deshalb die Erfüllung desselben vom Beklagten nicht beanspruchen könne. Die Rücktrittserklärung aber findet der Beklagte darin, daß der Kläger vor Beendigung des unternommenen Baues seine Thätigkeit eingestellt und seine Absicht, bei demselben nicht ferner mitzuwirken, zu anderen Personen ausgesprochen habe. Der erste Richter hat diesen Einwand für erheblich, jedoch für thatsächlich widerlegt erachtet, sofern der Kläger den ihm darüber auferlegten Eid schwört, daß der Beklagte ihn im Oktober 1886 aufgefordert habe, sich auf dem Baue nicht mehr sehen zu lassen. — Der Berufungsrichter hingegen hat diesem Einwande die Rechtserheblichkeit abgesprochen, weil der Kläger nicht vor Beendigung des gemeinschaftlich unternommenen Geschäftes beliebig habe zurücktreten dürfen, eine formgültige Aufhebung des Vertrages durch wechselseitige Einwilligung aber vom Beklagten selbst nicht behauptet sei. Dieser Ausführung ist beizupflichten. Die allgemeinen Vorschriften der §§. 408 flg. A.L.R. I. 5 über das Rücktrittsrecht bei Verträgen über Handlungen finden auf den Gesellschaftsvertrag, bezüglich dessen das Allgemeine Landrecht (I. 17 §§. 269 flg.) besondere Normen aufstellt, keine Anwendung.

Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 60 S. 10. 11; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 5 S. 168.

Nach den letzterwähnten Normen aber steht das Recht beliebigen Rücktrittes einem Gesellschafter vor Ablauf der im Vertrage bestimmten Zeit oder vor Ausführung des bestimmten Geschäftes, zwecks dessen die Gesellschaft eingegangen ist, nicht zu, sondern es findet in diesen

Fällen ein Rücktritt von der Gesellschaft nur insoweit statt, als derselbe überhaupt von anderen gültigen Verträgen zulässig ist (§§. 270. 271 A.L.R. I. 17). Mit Recht folgert der Berufungsrichter hieraus die Unwirksamkeit eines etwaigen einseitigen Rücktrittes des Klägers zu der vom Beklagten angegebenen Zeit. Denn da damals noch nicht einmal das Haus, mittels welches der gemeinsame Erwerb erzielt werden sollte, fertig gestellt war, so wäre die Vorzeitigkeit des Rücktrittes nicht zu bezweifeln gewesen. Hatte aber ein solcher Rücktritt nicht die Wirkung der Auflösung des Vertragsverhältnisses, so konnte durch ihn allein der Kläger, welcher sich demnächst wieder für die Aufrechterhaltung des Vertrages entschieden hat, nicht einseitig seiner Vertragsrechte beraubt werden, während er andererseits seiner Verpflichtungen nicht entledigt wurde und an dem etwaigen Verluste der Gesellschaft beteiligt blieb.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 16 S. 333.

Die von der Revision aufgestellte Meinung, daß sich derjenige Gesellschafter, welcher einmal seinen Austritt ausdrücklich oder stillschweigend erklärt habe, nicht gegenüber seinen Genossen auf die Ungültigkeit seiner Erklärung berufen könne, entbehrt der gesetzlichen Begründung. Vielmehr ist es in der Regel durchaus zulässig, die Rechtsunwirksamkeit einer eigenen Erklärung geltend zu machen, und nur etwa unter besonderen Umständen könnte diesem Rechtsbehelfe der Erfolg versagt werden, wenn in seiner Benutzung eine nicht zu duldende Arglist zu finden wäre, wovon vorliegend nichts erhellt. — Übrigens ergiebt sich auch aus §. 294 A.L.R. I. 17, daß der Austretende jedenfalls an dem Ergebnisse der angefangenen Geschäfte — und um ein solches handelt es sich hier — beteiligt bleibt, sofern nicht ein anderes verabredet ist (§§. 297. 298 das.). — Ohne Rechtsirrtum hat hiernach der Berufungsrichter unentschieden gelassen, ob in dem Verhalten des Klägers wirklich ein Rücktritt von dem Vertrage zu finden sei.

II. Ein weiterer Einwand des Beklagten geht dahin, daß der Kläger durch unvollständige Erfüllung seiner Verpflichtungen sowie durch schuldhafte Schädigung der Gesellschaft zu eigenem Vorteile sein Vertragsrecht verwirkt habe. Der Berufungsrichter hat diesem Einwande, ohne dessen thatsächliche Grundlagen zu erörtern, um deswillen die Berücksichtigung versagt, weil das behauptete Verhalten des Klägers nicht von selbst den Verlust seiner Ansprüche aus dem Ge-

sellschaftsvertrage zur Folge gehabt, sondern nur gemäß §§. 273. 274 A.L.R. I. 17 die übrigen Gesellschafter zu seiner Ausschließung berechtigt haben würde, welche vorliegend nicht erfolgt sei. — Gegen diesen Entscheidungsgrund richten sich folgende Revisionsangriffe.

1. Zunächst wird dem Berufungsrichter die Verletzung des §. 271 A.L.R. I. 5 zum Vorwurfe gemacht, weil ohne Berücksichtigung des erkennbar erhobenen Einwandes des Beklagten, daß der Kläger seinerseits den fraglichen Vertrag nicht erfüllt habe und also auch die Erfüllung von der Gegenseite nicht verlangen dürfe, das Klagebegehren als begründet anerkannt sei. Dieser Vorwurf erscheint nach Lage der Sache nicht gerechtfertigt. Allerdings ist nicht zu bestreiten, daß der Grundsatz des §. 271 a. a. O. auch auf Gesellschaftsverträge Anwendung findet, soweit gegenseitige Verpflichtungen der Gesellschafter, also namentlich Verpflichtungen zu Beiträgen oder sonstigen Leistungen behufs Erreichung des Gesellschaftszweckes in Frage stehen. Ein Gesellschafter, der selbst seine desfallsigen Verpflichtungen unerfüllt gelassen hat, wird demnach die Erfüllung von seiten seiner Genossen in der Regel nicht mit Erfolg fordern können. Wesentlich anders verhält es sich aber, wenn es sich um die Beteiligung der einzelnen Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen, insbesondere, wie vorliegend, an den wirtschaftlichen Ergebnissen der bereits zur Ausführung gelangten Gesellschaftsgeschäfte handelt. Wollte man hier gegenüber dem Anspruche eines Gesellschafters auf sein vertragliches Teilnahmerecht den anderen Gesellschaftern den durchgreifenden Einwand der Nichterfüllung vertraglicher Obliegenheiten gewähren, so würde dies nicht nur zu der offenbaren Unbilligkeit führen, daß jener aller Gesellschaftsvorteile verlustig gegangen, während er andererseits an dem etwaigen Verluste beteiligt geblieben wäre, sondern man würde auch mit den Spezialvorschriften der §§. 273 flg. A.L.R. I. 17 in Konflikt geraten, welche den Mitgesellschaftern in der Befugnis zur Ausschließung eines säumigen oder pflichtvergessenen Genossen das Mittel an die Hand geben, sich der Beteiligung desselben an den Ergebnissen der Gesellschaftsgeschäfte für die Folgezeit zu entledigen. Dieser Vorschriften hätte es nicht bedurft, wenn schon der §. 271 A.L.R. I. 5 die Handhabe böte, dem pflichtwidrig handelnden Genossen ohne weiteres den Anspruch auf Teilnahme an den erzielten Gesellschaftsvorteilen zu entziehen. Dieselben enthalten aber auch eine,

der Natur des Gesellschaftsvertrages offenbar angemessene Modifikation des im §. 271 ausgesprochenen Grundsatzes, insofern die Ausschließung erklärt werden muß und nicht auf bereits erledigte Geschäfte zurückwirkt. Natürlich bleibt auch bei dieser Auffassung den vertragstreuen Gesellschaftern ihr Anspruch auf Ersatz alles aus der Pflichtwidrigkeit des anderen für die Gesellschaft entstandenen Schadens unbenommen. Im vorliegenden Falle tritt noch hinzu, daß der Kläger unstreitig längere Zeit hindurch bei dem fraglichen Baue thätig gewesen ist, mithin einen erheblichen Teil der von ihm übernommenen Verpflichtung erfüllt hat, und daß der Beklagte selbst nicht behauptet hat, daß er den Kläger zu weiterer Thätigkeit in Gemäßheit des §. 9 des gedachten Vertrages aufgefordert oder auf solche auch nur irgend welchen Wert gelegt habe. Umsoweniger erscheint der Beklagte befugt, aus der Unvollständigkeit der klägerischen Vertragserfüllung so schwerwiegende Rechtsfolgen herzuleiten. — In dem von der Revision in Bezug genommenen Urteile des III. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 24. Februar 1883, Rep. III. 412/82, sind Rechtsgrundsätze, welche mit den vorstehend entwickelten in Widerspruch ständen, nicht ausgesprochen.

2. Ferner rügt die Revision die Verletzung der §§. 273 flg. A.L.R. I. 17, weil die Rechtsregeln von der Ausschließung eines Gesellschafters dann nicht Platz greifen könnten, wenn die Gesellschaft — wie im vorliegenden Falle — nur aus zwei Personen bestehe. Es ist der Revision zuzugeben und auch bereits in dem Urteile des I. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 17. März 1883, Rep. I. 122/83, anerkannt, daß in solchem Falle von einem Ausschlusse aus der Gesellschaft, welcher das Fortbestehen der letzteren und das Ausscheiden des pflichtwidrigen Genossen aus dem Verbande derselben voraussetzt, im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein kann.

Vgl. auch Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 11 S. 160 flg. betreffs des dem §. 273 a. a. O. entsprechenden Art. 128 H.G.B.

Allein hierdurch wird in der Sache selbst zu Gunsten des Beklagten nichts geändert. Man wird zwar in Anbetracht des Zweckes jener Gesetzesvorschriften, die Aufhebung der Gemeinschaft unter Umständen zu ermöglichen, unter welchen deren Fortsetzung dem redlichen Genossen nach der Natur des Vertrages nicht zuzumuten ist, kein Bedenken tragen dürfen, mit dem gedachten Urteile des I. Civilsenates beim

Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern dem Rechte des Ausschlusses aus der Gesellschaft das Recht der Auflösung der Gesellschaft zu substituieren (vgl. Art. 125 H.G.B.). Dann muß man aber, wie in dem mehrgedachten reichsgerichtlichen Urteile gleichfalls geschehen ist, auch auf dieses Recht die Vorschriften der §§. 275. 276 A.L.R. I. 17 entsprechend dahin anwenden, daß der Wille der Auflösung dem anderen Teile erklärt werden muß, und daß die Wirkungen derselben keinesfalls vor erfolgter Erklärung eintreten können. Eine solche Erklärung ist jedoch im vorliegenden Falle vor Anstellung der Klage nicht abgegeben, während andererseits zu diesem Zeitpunkte das den Gegenstand der Vergesellschaftung bildende Geschäft, nämlich die Erbauung des Wohnhauses, durch dessen Vermietung bezw. Verkauf der beabsichtigte Gewinn erzielt werden sollte, bereits ausgeführt war. Daraus ergiebt sich, daß dieses Geschäft ein Gesellschaftsgeschäft war, an dessen Natur die im gegenwärtigen Prozesse abgegebenen Erklärungen des Beklagten nichts mehr zu ändern vermögen, weil sie nicht geeignet sind, mit rückwirkender Kraft das bestehende Gesellschaftsverhältnis zu lösen. Es verbleibt mithin dem Kläger sein Anrecht an dem aus diesem Geschäfte etwa erzielten Gewinne, wie er andererseits für den sich ergebenden Verlust mitverhaftet ist, und hierdurch rechtfertigt sich sein Anspruch auf Rechnungslegung." . . .

---

49. Wie ist bei den im §. 1 des Gesetzes vom 22. Juli 1861 bezeichneten Übertragungsverträgen zwischen Ascendenten und Descendenten der Stempel zu berechnen, wenn neben dem Kaufpreise stempelfreie Leistungen ausbedungen sind, und von jenem ein bestimmter Teil auf die mitveräußerten Mobilien gerechnet ist?

Stempelgesetz vom 7. März 1822 §. 5 f.
Kabinetsorder vom 14. April 1832.
Gesetz vom 22. Juli 1861 §. 1.

IV. Civilsenat. Urt. v. 17. April 1890 i. S. Fiskus (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. IV. 392/89.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Nach der Vorschrift unter a der Kabinetsorder vom 14. April 1832 (G.S. S. 137), welche an Stelle des §. 5a des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 getreten ist, bildet bei Verkäufen der bestimmte Kaufpreis mit Hinzufügung des Wertes der vorbehaltenen Nutzungen aus ausbedungenen Leistungen diejenige Summe, wonach der Betrag des Stempels zu berechnen ist. Nach §. 1 des Gesetzes vom 22. Juli 1861 (G.S. S. 754) kommen jedoch bei lästigen Verträgen, durch welche Immobilien allein oder im Zusammenhange mit anderem Vermögen von Ascendenten an Descendenten übertragen werden, für die Festsetzung des stempelpflichtigen Erwerbspreises unter anderem nicht in Anrechnung der zu Gunsten des Übertragenden und dessen Ehegatten in dem Vertrage festgesetzte Altenteil, die Abfindungen, welche der Erwerber nach Inhalt des Vertrages an andere Descendenten des Übertragenden zu entrichten hat, und der dem Übernehmer als sein künftiger Erbteil angewiesene Teil des Erwerbspreises.

Vorliegend handelt es sich um vier zwischen Ascendenten und Descendenten über Grundstücke und beweglichen Beilaß abgeschlossene Kaufverträge, in denen neben den Kaufpreisen, von welchen bestimmte Beträge auf die Mobilien gerechnet werden, Ausgedinge für die Verkäufer stipuliert sind. Die letzteren sind von dem Kläger, als instrumentierendem Notar, bei Berechnung des Stempels ganz außer Betracht gelassen, indem, abgesehen von anderen, hier nicht streitigen Punkten, der Stempel nur von den auf die Immobilien und Mobilien repartierten Preisen berechnet ist. Dagegen hält sich Beklagter auf Grund der Vorschriften unter a der Kabinetsorder vom 14. April 1832 und des §. 5f des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 für berechtigt, zwecks Feststellung des stempelpflichtigen Erwerbspreises in jedem Falle den unstreitigen Kapitalwert des Ausgedinges dem im Vertrage angegebenen Immobilienpreise hinzuzusetzen und sodann jenen gesetzlich steuerfreien Teil der Gegenleistungen des Käufers verhältnismäßig von dem in dieser Weise erhöhten Immobiliarpreise und dem im Vertrage angegebenen Mobiliarpreise abzurechnen, wodurch sich im ganzen ein um 10 ℳ höherer Stempelbetrag ergiebt, welchen Kläger mit Vorbehalt gezahlt hat und im gegenwärtigen Prozesse zurückfordert.

Die Differenz der beiderseitigen Berechnungsweisen ergiebt bei-

spielsweise der zweite Fall. In demselben ist ein Grundstück mit Beilaß für 30 000 ℳ verkauft, von welchem Preise 21 000 ℳ auf das Immobile und 9000 ℳ auf die Mobilien gerechnet sind, und außer dem Kaufpreise für den Verkäufer ein Ausgedinge im Werte von 1500 ℳ bedungen. Der Kläger hat verwendet einen Stempel von

1 % von 21 000 ℳ = 210 ℳ
1/3 % von 9000 ℳ = 30 ℳ
zusammen 240 ℳ.

Der Beklagte hingegen setzt dem angegebenen Immobiliarpreise von 21 000 ℳ den Kapitalwert des Altenteiles mit 1500 ℳ hinzu und rechnet von der so gewonnenen, als wahrer Immobiliarpreis angesehenen Summe von 22 500 ℳ und dem im Vertrage angegebenen Mobiliarpreise von 9000 ℳ den stempelfreien Betrag von 1500 ℳ verhältnismäßig ab, wodurch sich

1. ein stempelpflichtiger Immobiliarpreis von rund 21 428 ℳ zum Stempelbetrage von . 214 ℳ 50 ₰

und

2. ein stempelpflichtiger Mobiliarpreis von rund 8572 ℳ zum Stempelbetrage von . . . 29 ℳ — ₰

. zusammen also ein Stempelbetrag von 243 ℳ 50 ₰
mithin ein Mehr von . . . . . 3 ℳ 50 ₰

ergiebt.

In entsprechender Weise gestaltet sich die obwaltende Differenz auch in den drei anderen Fällen.

Der erste Richter hat die Berechnungsweise des Beklagten für richtig erachtet und deshalb die Klage abgewiesen. — Der Berufungsrichter hat jedoch abändernd den Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt, indem er den §. 1 des Gesetzes vom 22. Juli 1861 dahin auslegt, daß die nach demselben stempelfreien Gegenleistungen des Übernehmers bei Feststellung des Stempelbetrages überhaupt unberücksichtigt bleiben sollen, mithin auch nicht in der vom Beklagten vertretenen Weise zur Berechnung gezogen werden dürfen.

Diese Auffassung muß auch als die dem Gesetze entsprechende angesehen werden. Indem der §. 1 des Gesetzes vorschreibt, daß bei den dort bezeichneten Verträgen gewisse, von dem Erwerber übernommene Verpflichtungen und Gegenleistungen für die Feststellung des

stempelpflichtigen Erwerbspreises nicht in Anrechnung kommen sollen, statuiert er eine Ausnahme von der eingangs wiedergegebenen Regel der Kabinetsorder vom 14. April 1832. Die verordnete Nichtanrechnung vollzieht sich aber in verschiedener Art, je nachdem die für stempelfrei erklärte Verpflichtung einen Teil des bedungenen Kaufpreises bildet oder demselben gemäß der Regel hinzuzufügen wäre. Im ersteren Falle, welcher vorliegt, wenn Schulden des Übertragenden auf den Kaufpreis übernommen oder Teile des letzteren anderen Descendenten des Übertragenden oder dem Erwerber selbst auf sein künftiges Erbteil überwiesen werden, sind die stempelfreien Summen von dem festgesetzten, grundsätzlich dem Stempel unterworfenen Kaufpreise abzurechnen. Im letzteren Falle hingegen, wo es sich um Leistungen handelt, welche der Erwerber neben dem Kaufpreise übernommen hat (Altenteile oder andere im §. 1 Ziff. 2 aufgeführte Prästationen), unterbleibt die sonst gebotene Hinzurechnung des Wertes derselben zu dem festgesetzten Kaufpreise, und diese Leistungen bleiben bei Berechnung des stempelpflichtigen Objektes völlig außer Betracht. Mit diesem aus Zweck und Wortlaut des Gesetzes sich klar ergebenden Sinne desselben setzt sich der Beklagte in Widerspruch, wenn er in Fällen der letztgedachten Art den Wert der stempelfreien Leistungen in irgend einer Weise zu Ungunsten des Stempelpflichtigen zur Berechnung des dem Stempel unterworfenen Objektes mit verwendet. Die vom ersten Richter adoptierte Deduktion des Beklagten, daß durch das Gesetz vom 22. Juli 1861, welches als Ausnahmegesetz strikt auszulegen sei, die allgemeinen Vorschriften über die Berechnung des stempelpflichtigen Gegenstandes bei Kaufverträgen nicht beseitigt seien, setzt doch voraus, daß diese Vorschriften mit der gemachten Ausnahme verträglich sind. Wenn aber jenes Gesetz ausdrücklich die Nichtanrechnung der Werte gewisser Leistungen verordnet, so ist dadurch notwendig die entgegengesetzte Regel der Kabinetsorder aufgehoben und kann in keiner Weise daneben zur Anwendung gelangen.

Überdies entspricht die oben mitgeteilte Berechnungsart des Beklagten nicht einmal den allgemeinen Vorschriften des Stempelgesetzes vom 7. März 1822. Nach §. 5f desselben wird, wenn Gegenstände anderer Art ohne Angabe ihres Wertes mit Grundstücken zusammengenommen in einer Summe veräußert werden, der Stempelsatz von

der gedachten Summe dergestalt berechnet, als ob sie ganz für Grundstücke gezahlt worden wäre.

Aus dem Wortlaute dieser Vorschrift ergiebt sich, und in der Praxis herrscht darüber kein Zweifel, daß dieselbe dann keine Anwendung findet, wenn in dem Vertrage selbst bestimmt ist, welcher Teil des Gesamtpreises auf die mitveräußerten Mobilien gerechnet werde.

Vgl. Hoyer-Gaupp, Preuß. Stempelgesetzgebung 4. Aufl. S. 138 Anm. 51b und c.

Nun haben in allen vorliegenden Verträgen die Kontrahenten, wozu sie nach Vorstehendem befugt waren, einen bestimmten Teil des Kaufpreises auf die mitverkauften Mobilien gerechnet, und von diesem Teile kann demnach nur der geringere Stempel von $^1/_3\,\%$ beansprucht werden.

Der Rest des Kaufpreises sowie der Wert aller außerdem in Anschlag kommenden Gegenleistungen des Käufers, also insbesondere des dem Veräußerer zu gewährenden Ausgedinges, bilden der Regel nach die Summe, von welcher der Immobiliarstempel zu berechnen ist (Kabinetsorder vom 14. April 1832 unter a. in Verbindung mit §. 6f des Stempelgesetzes vom 7. März 1822). Hiernach wäre zweifellos auch in den vorliegenden Fällen, wenn es sich nicht um Veräußerungen von Ascendenten an Descendenten gehandelt hätte, der Geldwert des Ausgedinges dem auf die Grundstücke gerechneten Teile des Kaufpreises hinzuzusetzen und die sich ergebende Summe mit $1\,\%$ zu verstempeln gewesen. Ganz richtig rechnet daher der Beklagte die Ausgedingewerte den Immobiliarpreisen hinzu. Aber statt dieselben, weil sie gesetzlich stempelfrei sind, einfach wieder abzusetzen (wodurch sich die Zwecklosigkeit dieser Operation ergeben hätte), verteilt er nun den stempelfreien Wertbetrag auf den solchergestalt erhöhten Immobiliarpreis und den im Vertrage festgestellten Wert der Mobilien und führt in dieser Weise eine dem Stempelpflichtigen nachteilige, der vertraglichen Festsetzung widersprechende Minderung des dem geringeren Stempelsatze unterliegenden Mobiliarwertes unter entsprechender Erhöhung des stempelpflichtigen Immobiliarwertes herbei.

Diese Art der Verteilung findet jedoch in den Gesetzen nicht nur keinen Anhalt, sondern steht mit den voraufgeführten allgemeinen

Grundsätzen der Stempelberechnung in Widerspruch, von welchen auch in den Ausnahmefällen des Gesetzes vom 22. Juli 1861 nicht zu Gunsten des Fiskus abgewichen werden darf. — Die vom Beklagten hierfür in Bezug genommenen Reskripte des Justizministers vom 11. Mai 1852 und des Finanzministers vom 22. Juli 1864,

Hoyer-Gaupp, a. a. O. S. 129 Anm. 36, S. 134 Anm. 42a,

betreffen die Frage, in welcher Weise stempelfreie Beträge des Kaufpreises von den für die Immobilien und für die Mobilien festgesetzten Teilen desselben in Abzug zu bringen sind, und ordnen einen verhältnismäßigen Abzug von beiden an. Auf einen gleichen Fall bezieht sich das Urteil des preußischen Obertribunales vom 22. März 1869,

vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 61 S. 267 flg.,

welches, unter stillschweigender Anerkennung des eben erwähnten Grundsatzes, in erster Reihe die Bestimmung des Vertrages über die Art der Abrechnung für maßgebend erklärt, und dem hat sich der Finanzminister in dem Reskripte vom 15. Dezember 1873,

vgl. Hoyer-Gaupp, a. a. O. S. 134 Anm. 42c,

angeschlossen. Es handelte sich also dort überall um Fälle, in denen, wie oben dargelegt ist, die Nichtanrechnung des stempelfreien Betrages durch den Abzug desselben von dem bedungenen Kaufpreise zu bewirken ist, während hier in Frage steht, ob die Werte anderer stempelfreier Leistungen gleichwohl zwecks des stempelpflichtigen Erwerbspreises dem im Vertrage bestimmten Kaufpreise in irgendeiner Weise hinzuzurechnen sind. Wollte man aber das in den gedachten Reskripten aufgestellte Prinzip auf die vorliegenden Fälle entsprechend anwenden, so würde man zu einer verhältnismäßigen Hinzurechnung des Wertes des Ausgedinges zu den auf die Immobilien bezw. die Mobilien gerechneten Teilen des Kaufpreises gelangen, welche sich gleichfalls als zwecklos herausstellen würde, da die nämlichen Beträge wegen deren Stempelfreiheit doch wieder abgesetzt werden müßten."

50. 1. Folgt aus §. 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen (G.S. S. 192), daß nach Aufhebung einer polizeilichen Verfügung im Wege der Beschwerde nur eine Regreßklage gegen die Beamten stattfindet, dagegen ein auf §. 4 a. a. O. gestützter Entschädigungsanspruch ausgeschlossen ist?

2. Steht dem Entschädigungsanspruche aus §. 75 der Einl. zum Allgem. Landrechte der Umstand entgegen, daß eine Kollision zwischen dem öffentlichen Wohle und den Rechten des Einzelnen in Wirklichkeit nicht vorhanden, sondern nur irrtümlich von der zuständigen Verwaltungsbehörde zum Nachteile des Einzelnen angenommen war?

3. Ist die Stadtgemeinde wegen einer in ihrem Interesse ohne gesetzlichen Grund erfolgten Versagung des Baukonsenses auch dann entschädigungspflichtig, wenn nachträglich dem Beschädigten das Recht zum Bebauen seines Grundstückes durch die Festsetzung einer neuen Fluchtlinie entzogen ist, und aus diesem Grunde die Enteignung des Grundstückes stattgefunden hat?

VI. Civilsenat. Urt. v. 8. Mai 1890 i. S. Stadtgemeinde Berlin (Bekl.) w. Erben K. (Kl.) Rep. VI. 79/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Dem Erblasser der Kläger wurde die Erlaubnis zum Bebauen seines an der W. . . gasse zu B. belegenen Grundstückes von der örtlichen Straßenbaupolizeiverwaltung zu B. zuerst im Jahre 1885 und sodann wiederum im Jahre 1886 wegen der bevorstehenden Verbreiterung der W. . . gasse verweigert. Beide Male wurden jedoch die verweigernden Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren aufgehoben, weil damals eine zur Versagung des Baukonsenses berechtigende Baufluchtfestsetzung noch nicht vorlag. Als dann der Erblasser der Kläger im Jahre 1887 die Bauerlaubnis von neuem nachsuchte, war inzwischen die Baufluchtlinie definitiv dergestalte stgesetzt worden, daß das Grundstück in vollem Umfange in das Straßenland der verbreiterten W. . . gasse fällt. Demzufolge wurde auch das dritte

Baugesuch zurückgewiesen und nunmehr das Grundstück des Erblassers der Kläger von der Beklagten im Wege des Enteignungsverfahrens in Anspruch genommen und nach seinem Werte als unbebautes Bauterrain erworben.

Im gegenwärtigen Prozesse verlangen die Kläger von der Beklagten Ersatz des Schadens, welchen ihr Erblasser dadurch erlitten haben soll, daß er infolge der ungerechtfertigten Verweigerungen des Baukonsenses verhindert worden sei, sein Grundstück durch Verkauf als Baufleck und durch Bebauen auszunutzen.

In erster Instanz wurden sie mit ihrem auf Zahlung von 14015 ℳ nebst Zinsen gerichteten Antrage abgewiesen. Auf ihre Berufung hat indessen das Kammergericht durch ein gemäß §. 276 C.P.O. erlassenes Zwischenurteil den Klaganspruch seinem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. In den Gründen dieses Urteiles wird ausgeführt, daß zwar die Beklagte für etwaige Versehen der Beamten der örtlichen Straßenbaupolizeiverwaltung bei der Verweigerung des Baukonsenses mangels eines eigenen Verschuldens nicht verantwortlich sei, daß aber der Klaganspruch nach §§. 73—75 der Einl. zum Allgem. Landrechte im Umfange der Bereicherung der Beklagten begründet erscheine.

Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Revision wirft dem Vorderrichter zunächst eine Verletzung des §. 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vor. Allein der Ansicht, daß nach diesem Paragraphen im Falle der Aufhebung einer polizeilichen Verfügung nur eine Regreßklage gegen die Polizeibeamten stattfinde und jeder sonstige Entschädigungsanspruch ausgeschlossen sei, konnte nicht beigepflichtet werden. Denn der §. 6 a. a. O. bezieht sich, wie aus seinem Wortlaute und aus seinem Zusammenhange mit den vorausgehenden Gesetzesvorschriften deutlich zu ersehen ist, ausschließlich auf die Vertretungsverbindlichkeit der Polizeibeamten und hat keine andere Bedeutung als die, daß diese Beamten wegen des durch eine polizeiliche Verfügung verursachten Schadens nur dann regreßpflichtig sind, wenn die Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben wird, daß sie dagegen vor Regreßansprüchen aus einer von den vorgesetzten Behörden gebilligten oder unangefochten gebliebenen Verfügung geschützt sein sollen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 20 S. 301.

Die Frage aber, ob und unter welchen Voraussetzungen der Fiskus oder sonstige Korporationen oder auch Privatpersonen neben den Polizeibeamten oder allein für sich im Rechtswege zur Entschädigung wegen polizeilicher Verfügungen angehalten werden können, wird von der Bestimmung des §. 6 nicht betroffen. Ihre Beantwortung ergiebt sich vielmehr für den vorliegenden Fall lediglich aus dem §. 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842, indem die Kläger behaupten, daß durch die polizeilichen Versagungen des Baukonsenses ein solcher Eingriff in die Privatrechte ihres Erblassers geschehen sei, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vorteile des Einzelnen im Interesse des allgemeinen Wohles Entschädigung gewährt werden muß.

Ohne Gesetzesverletzung nimmt die Vorinstanz an, daß ein Eingriff dieser Art vorhanden ist.

Der Erblasser der Kläger war auf Grund seines Eigentumes gemäß §§. 25 flg. 65 A.L.R. I. 8 berechtigt, sein an der W... gasse belegenes Grundstück mit Gebäuden zu besetzen. Eine gesetzliche Einschränkung des Eigentumes trat nach dieser Richtung ein, als für die W... gasse auf Grund der §§. 1 flg. des Gesetzes vom 2. Juli 1875 (G.S. S. 561) eine neue Fluchtlinie festgesetzt wurde, nach welcher das K.'sche Grundstück in das Straßenland fallen sollte. Wegen der mit der Fluchtlinienfestsetzung verknüpften Beschränkung der Baufreiheit hatte nun allerdings der Erblasser der Kläger nach den Vorschriften des gedachten Gesetzes eine Entschädigung nicht zu fordern, vielmehr erstreckte sich sein Anspruch zufolge §. 13 a. a. O. nur auf die Entschädigung für Entziehung des Grundeigentumes an der zur Straße bestimmten Grundfläche. Daraus aber läßt sich nicht mit der Revision folgern, daß auch die jetzt erhobene Klage im Hinblicke auf die §§. 1. 2 A.L.R. I. 22 ohne weiteres zurückgewiesen werden müsse. Denn bis zu der unstreitig erst im Jahre 1887 erfolgten Festsetzung einer neuen Fluchtlinie für die W... gasse stand ein gesetzliches Hindernis dem Bebauen des K.'schen Grundstückes nicht entgegen, und wenn trotzdem der Erblasser der Kläger in den Jahren 1885 und 1886 durch Versagung des Baukonsenses an der Aufführung eines Gebäudes auf seinem Grundstücke verhindert wurde, so war diese Einschränkung des Eigentumes nicht als eine gesetzliche im Sinne der §§. 1. 2 A.L.R.

I. 22 anzusehen, sondern lediglich durch die polizeilichen Verfügungen, welche das Bauen unmöglich machten, herbeigeführt.

In Gemäßheit der §§. 73—75 der Einl. zum Allgem. Landrechte erwuchs hieraus für die Beklagte die Pflicht zur Entschädigung des Erblassers der Kläger, sofern dieser infolge jener polizeilichen Anordnungen zur Aufopferung seiner besonderen Rechte und Vorteile genötigt wurde, und sofern andererseits diese Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens und speziell im Interesse der Beklagten geschehen war.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 298 und die dort angezogenen Gesetzesvorschriften und Erkenntnisse des preuß. Obertrib.; ferner Striethorst, Archiv Bd. 75 S. 217; Jurist. Wochenschrift 1889 S. 312 Nr. 34; Oppenhoff, Preuß. Gesetze über Ressortverhältnisse S. 356 flg.

Daß der Erblasser der Kläger durch die Versagungen des Baukonsenses, soweit diese in die Jahre 1885 und 1886 fallen, zum Aufopfern eines wohlerworbenen Rechtes genötigt worden ist, läßt sich nach den Feststellungen des Vorderrichters nicht bezweifeln. Der Umstand, daß die Festsetzung der neuen Fluchtlinie im Jahre 1887 dem Erblasser der Kläger das Recht zum Bebauen seines Grundstückes entzogen hat, steht dem Anspruche auf Ersatz des Schadens, welcher aus den vorher erfolgten Versagungen erwachsen ist — und nur auf diesen Schaden bezieht sich das angefochtene Zwischenurteil — nicht entgegen.

Die Revision bestreitet aber, daß die weitere Voraussetzung der Entschädigungspflicht aus den §§. 74. 75 a. a. O., nämlich eine Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens, hier vorliege. Wenn die Kläger, so wird ausgeführt, einen Nachteil erlitten haben, so sei dieses nicht deshalb geschehen, weil eine Kollision zwischen den Erfordernissen des öffentlichen Wohles einerseits und den Rechten und Vorteilen der Kläger andererseits vorgelegen habe, infolge deren die Kläger sich eine Beschränkung ihres Eigentumes gefallen lassen mußten, sondern deshalb, weil der verfügende Beamte zu Unrecht das Vorhandensein einer solchen Kollision angenommen und zu Unrecht die Verfügungen erlassen habe, welche demnächst im Beschwerdewege bezw. im Verwaltungsstreitverfahren aufgehoben seien; sei die Beklagte für die Fehler der verfügenden Beamten nicht verantwortlich, wie dies

das Berufungsgericht mit Recht angenommen habe, so lasse sich ihre Verurteilung nicht rechtfertigen, da die Stadtgemeinde bei der demnächstigen Einleitung des Enteignungsverfahrens und dem Erwerbe des Grundstückes nach seinem derzeitigen Werte lediglich von ihrem gesetzlichen Rechte Gebrauch gemacht hat.

Diese Ausführung kann jedoch für zutreffend nicht erachtet werden.

Ob eine Kollision zwischen den besonderen Rechten des Erblassers der Kläger und seinen Pflichten zur Beförderung des allgemeinen Wohles in Wirklichkeit bestanden hat oder nicht, ist für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutungslos. Denn nach dem Inhalte der §§. 74. 75 der Einleitung in ihrem Zusammenhange muß der Entschädigungsanspruch der Kläger schon dann begründet erscheinen, wenn die zuständigen Verwaltungsbehörden eine Kollision, wie sie der §. 74 voraussetzt, als vorhanden angenommen und auf Grund dieser Annahme, mochte dieselbe richtig oder unrichtig sein, den verstorbenen K. genötigt haben, seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle und Interesse der beklagten Stadtgemeinde aufzuopfern. War solche Aufopferung zum Wohle der Beklagten, wenn auch nur vorübergehend, erfolgt und dadurch dem K. ein Schaden erwachsen, so konnte die Beklagte durch die spätere Aufhebung der von den zuständigen Verwaltungsbehörden angeordneten Einschränkungen des Eigentumes von ihrer Entschädigungspflicht nur insoweit befreit werden, als mit der Aufhebung der beschränkenden Verfügungen zugleich der durch dieselben entstandene Schade beseitigt wurde, was nach den hier vorliegenden Feststellungen als ausgeschlossen gelten muß.

Für feststehend erachtet das Berufungsgericht nicht bloß, daß der Erblasser der Kläger durch die ungerechtfertigten Versagungen der Bauerlaubnis einen dauernden Schaden erlitten, sondern auch überdies, daß die Beklagte bei dem Grundstückserwerbe einen entsprechenden Vorteil infolge der Differenz zwischen dem Werte eines Bauplatzes und eines bebauten Grundstückes erlangt hat. Ob es dieser letzteren Feststellung und des Versuches, die getroffene Entscheidung auch aus dem Gesichtspunkte einer Bereicherung der Beklagten zu rechtfertigen, überhaupt bedurft hätte, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn der Vorderrichter den Entschädigungsanspruch der Kläger nur, soweit aus den aufgehobenen Verfügungen der Beklagten ein wirklicher Vorteil erwachsen ist, und nur im Umfange der Bereicherung der

Beklagten als begründet anerkennt, so ist durch diese Beschränkung des Anspruches keinesfalls die Beklagte, welche allein das Rechtsmittel der Revision eingelegt hat, beschwert.

Daß der Anspruch der Kläger andererseits auf Ersatz desjenigen Schadens beschränkt bleiben muß, welcher durch die ungerechtfertigten Versagungen der Bauerlaubnis verursacht ist, geht aus der Vorschrift des §. 75 der Einleitung unbedenklich hervor und wird auch von dem Vorderrichter nicht verkannt. Wenn in einem Satze der Erkenntnisgründe bemerkt wird, daß der Anspruch auf Entschädigung im Umfange der Bereicherung der Beklagten auch durch eigenes Verschulden des klägerischen Erblassers nicht beeinträchtigt werden würde, so ist dabei jedenfalls, wie die weitere Motivierung ergiebt, ein ursachlicher Zusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und den ungerechtfertigten Versagungen vorausgesetzt. Daß die Beklagte auch für solchen Schaden aufzukommen habe, welcher nicht in diesen Versagungen, sondern in einem schuldhaften Thun oder Unterlassen des Erblassers der Kläger seinen Grund hat, ist von dem Berufungsgerichte nicht ausgesprochen und konnte nicht wohl ausgesprochen werden. Inwieweit aber bei den einzelnen Schadensforderungen der Kläger der erforderliche Kausalzusammenhang vorhanden ist, durfte bei der Vorabentscheidung über den Grund ungeprüft und dem Endurteile über den Betrag des Anspruches vorbehalten bleiben, da die Behauptungen der Beklagten in betreff der Möglichkeit der Abwendung des Schadens sich nicht auf die sämtlichen Schadensforderungen, sondern nur auf einen Teil derselben bezogen hatten.

Hiernach läßt sich in der Anerkennung des Grundes des Klaganspruches die Verletzung einer Rechtsnorm nicht erkennen. Es mußte deshalb die Zurückweisung der Revision erfolgen, ohne daß es noch eines näheren Eingehens auf die Frage bedurfte, ob der Beklagten, falls ihr aus den ungerechtfertigten Versagungen des Baukonsenses ein Schaden erwachsen wäre, ein Regreßanspruch gegen die Beamten der örtlichen Straßenbaupolizeiverwaltung nach Maßgabe des §. 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 zustehen würde.

Vgl. Oppenhoff, a. a. O. S. 358 Anm. 122."

51. 1. Erlangt der von einer Eisenbahngesellschaft auf Grund eines Dienstvertrages angenommene Betriebsbeamte die Eigenschaft eines in der Betriebsverwaltung eines Bundesstaates angestellten Beamten im Sinne des §. 4 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, wenn er in seiner bisherigen Stellung in den Dienst des preußischen Staates übertritt, nachdem dieser das Eigentum der Eisenbahn erworben hat und in die von der Gesellschaft geschlossenen Dienstverträge eingetreten ist?

2. Unter welchen Voraussetzungen ist in diesem Falle anzunehmen, daß die Anstellung mit Pensionsberechtigung erfolgt ist?

VI. Civilsenat. Urt. v. 12. Mai 1890 i. S. M. (Kl.) w. Preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. VI. 45/90.

I. Landgericht Nordhausen.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 7 S. 27 abgedruckt.

---

52. Unter welchen Bedingungen kann eine voreingetragene Grundschuld von einem später eingetragenen Hypothekengläubiger als nicht rechtswirksam angefochten werden?

V. Civilsenat. Urt. v. 14. Mai 1890 i. S. Geschwister P. (Bekl.) w. die ländliche Parzellierungsgesellschaft zu M. (Kl.) Rep. V. 16/90.

I. Landgericht Bartenstein.
II. Oberlandesgericht Königsberg i./Pr.

Das Reichsgericht hat das zweite Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Es liegt folgender Sachverhalt vor.

Das Grundstück Budwischken Nr. 2 gehörte früher dem Wirte Karl P. Er hat, und zwar nach seiner Behauptung am 12. August 1885, in dem Grundbuche desselben Abt. III Nr. 15 für seinen Vater, den Altbesitzer P., eine Grundschuld im Betrage von 3000 ℳ eintragen lassen. Diese Grundschuld ist später von dem Altsitzer P. an seine Enkel, die Beklagten, unentgeltlich abgetreten. Am 14. Ok-

tober 1886 sind sodann auf Grund eines rechtskräftigen Urteiles gegen den Wirt Karl P. für die Klägerin Abt. III Nr. 16. 17 des Grundbuches zwei Hypotheken von je 3000 ℳ eingetragen worden. Das Grundstück ist demnächst zur Zwangsversteigerung gelangt und von der Klägerin erstanden. Bei der Kaufgelderbelegung ist die Grundschuld Nr. 15 zur Hebung gelangt, dagegen sind die Hypotheken Nr. 16 und 17 mit 2960,75 ℳ und 3018,30 ℳ ausgefallen. Die Klägerin hat die Grundschuld mit der Maßgabe auf den Kaufpreis übernommen, daß, falls sie in diesem Prozesse obsiege, an Stelle derselben ein entsprechender Teil ihrer ausgefallenen Hypothekenforderungen trete. Sie beantragt, die Beklagten zu der Einwilligung zu verurteilen, daß sie — Klägerin — wegen ihres Ausfalles durch den auf die Grundschuld fallenden Teil des Kaufgeldes befriedigt werde. Die Klage ist, wie das erste Urteil ausdrücklich hervorhebt, nur darauf gestützt, daß die Eintragung der Grundschuld zum Scheine erfolgt sei, ohne daß der Gläubiger, Altsitzer P., eine Valuta dafür bezahlt habe. Die Beklagten behaupten in dieser Beziehung, der P. sen. sei von seinem Sohne wegen eines erheblichen Altenteiles nicht befriedigt, und die Forderung des ersteren wegen zehnjähriger Rückstände sei bei einer gegenseitigen Berechnung auf 3000 ℳ festgestellt. Zur Sicherung des Altsitzers habe sein Sohn Karl P. jun. die Grundschuld für ihn eintragen lassen. Die Klägerin bestreitet diese Behauptungen und beruft sich auf mehrere Äußerungen des P. jun., welche dessen Absicht ergeben sollen, ihr wegen des drohenden Anspruches den Zugriff auf das Grundstück ihres Schuldners zu erschweren. — Beide Instanzrichter haben die Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt, weil die Eintragung der Grundschuld nur zum Scheine erfolgt sei. Der Berufungsrichter führt für seine Entscheidung eine Reihe von Thatsachen an, aus welchen er den Schluß zieht, daß die Forderung des P. sen., zu deren Sicherung die Grundschuld dienen sollte, nicht bestand. Dahin gehören namentlich die Feststellungen, daß P. sen. sich bei der Nichtgewährung des Altenteiles jahrelang beruhigt habe, daß der Antrag zur Sicherung der Forderung von dem Schuldner ausgegangen, daß die Vereinbarung über die Höhe des Rückstandes erst kurz vor der Eintragung, als der größte Teil der einzelnen Leistungen verjährt war, getroffen sei, daß der P. sen. die Grundschuld seinen Enkeln geschenkt habe, und daß endlich von mehreren Zeugen

Äußerungen des P. jun. bekundet sind, wonach er sich durch Eintragung der Grundschuld der Klägerin gegenüber decken wollte.

Nach dieser Begründung der Entscheidung kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit dem ersten Richter davon ausgegangen ist, die Eintragung der Grundschuld habe für den Gläubiger kein Realrecht erzeugt, weil die Forderung, zu deren Sicherung sie bestimmt war, nicht bestehe. Diese Ansicht muß als rechtsirrtümlich bezeichnet werden.

Das Reichsgericht hat bereits in einem früheren Urteile,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 221,

näher dargelegt, daß nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 (entsprechend den §§. 70. 71 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869) ein später eingetragener Realgläubiger das voreingetragene Realrecht eines anderen Gläubigers anfechten kann, wenn es sich um den rechtlichen Bestand desselben handelt und nicht bloß die Legitimation des Gläubigers bestritten wird. An diesem Rechtsgrundsatze ist festzuhalten, bei der Anwendung desselben jedoch zwischen der Anfechtung einer voreingetragenen Hypothek und einer Grundschuld zu unterscheiden.

Nach §. 1 A.L.R. I. 20 ist die Hypothek das dingliche Recht an einer fremden Sache zur Sicherung einer Forderung. §. 12 daselbst lautet:

„Ist der Anspruch (die Forderung) in sich ungültig, so ist auch die dafür bestellte Sicherung ohne Wirkung."

Diese Vorschriften sind durch das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 nicht geändert. Aus ihnen folgt, daß der später eingetragene Realgläubiger einer voreingetragenen, noch nicht in die Hand eines redlichen Dritten gelangten Hypothek die Einrede der Ungültigkeit wegen Nichtbestehens der persönlichen Forderung entgegensetzen kann. Die Frage, ob ihm auch die Einrede der Simulation zusteht, bedarf hier keiner Erörterung.

Anders liegt die Sache in betreff der Grundschuld. Sie entsteht durch die Eintragung im Grundbuche. Die Bewilligung der Eintragung erfolgt ohne Angabe eines Schuldgrundes (§§. 18. 19 des Eigentumserwerbsgesetzes). Wie die Motive des Gesetzes besagen,

vgl. Werner, Preuß. Hypothekengesetze Bd. 1 S. 21 flg.,

ist durch diese Bestimmungen beabsichtigt, mit der Auffassung des

römischen Rechtes und des Allgemeinen Landrechtes in betreff der Abhängigkeit des dinglichen Rechtes von der Forderung zu brechen. Es hat die Rechtsgültigkeit des ersteren von der Existenz der letzteren nicht mehr abhängen, der Grundschuld vielmehr die Macht gegeben werden sollen, selbst eine ungültige Forderung nach sich zu ziehen. Die Grundschuld hat dadurch, wie Förster (Grundbuchrecht S. 139) sagt, den Charakter eines Formalrechtes angenommen, eines durch den Wert des Grundstückes gesicherten Summenversprechens ohne Rücksicht auf eine persönliche Forderung. Entsprechend diesem Zwecke gestattet der §. 27 des Eigentumserwerbsgesetzes dem Eigentümer des Grundstückes, Grundschulden auf seinen Namen eintragen zu lassen. Mit Recht wird bei dieser Lage der Gesetzgebung von der Doktrin die Konsequenz gezogen, daß aus der Ungültigkeit des persönlichen Schuldverhältnisses nicht auch die Ungültigkeit der Grundschuld gefolgert werden dürfe.

Vgl. Eccius, Preuß. Privatrecht 5. Aufl. Bd. 3 §. 199b S. 556; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §. 335; Turnau, Grundbuchordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 718 ꝛc.

Es ist zwar richtig, daß die Grundschuld, ebenso wie die Hypothek, dem Zwecke dienen kann, eine persönliche Forderung zu sichern. Aber auch in diesem Falle erscheint sie,

vgl. Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffes 2. Aufl. S. 88,

von ihrem faktischen Bestande losgelöst als ein abstraktes, rein dingliches Recht, welches, obwohl mit Rücksicht auf ein obligatorisches Recht entstanden und zu dessen Sicherung bestimmt, in sich aus selbständigem Grunde erwachsen ist. Für diese Auffassung der Grundschuld spricht auch, wie Achilles bei Widerlegung einer entgegenstehenden Ansicht zutreffend bemerkt,

vgl. Koch, Kommentar zum A.L.R. §. 410 Zus. 15 Anm. 35b, 8. Aufl. Bd. 2 S. 822,

die Vorschrift des §. 52 Abs. 2 des Eigentumserwerbsgesetzes, welche erkennbar auf der Vorstellung beruht, daß die Beteiligten zwar miteinander verabreden können, die Grundschuld solle zur Sicherung einer persönlichen Verbindlichkeit dienen, daß aber, wenn eine solche Verabredung nicht getroffen ist, die Grundschuld lediglich in dem durch die Eintragungsbewilligung bekundeten Willen des Eigentümers ihre Stütze findet. Hieraus ergiebt sich, daß die Entscheidung des Be-

rufungsrichters, welche die Ungültigkeit der Grundschuld der Beklagten aus der Ungültigkeit der Forderung des P. sen. folgert, selbst dann nicht aufrechterhalten werden kann, wenn man der Klägerin das Recht beilegen wollte, die Einrede der Simulation aus einem von ihr nicht mitgethätigten Rechtsgeschäfte zu erheben.

Die Frage, ob schon jetzt eine definitive Entscheidung in der Sache getroffen werden kann, hängt davon ab, ob die Bedingungen für die vom Gesetze zugelassene Anfechtung der Grundschuld von der Klägerin als vorliegend behauptet sind. Dabei muß von der Feststellung der Instanzrichter ausgegangen werden, daß die Anfechtung nur auf Grund der vor der Klägerin behaupteten Simulation, also nicht auch des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 erfolgt ist. Die Regierungsvorlage zu dem Gesetze vom 5. Mai 1872 wollte mit Rücksicht darauf, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Schuldgrundes für die nacheingetragenen Gläubiger indifferent sei, diese vielmehr durch die Thatsache, daß vor ihrer Forderung eine Grundschuld eingetragen stehe, von der Hebung ausgeschlossen werden, den später eingetragenen Gläubigern die Anfechtung der Grundschuld gänzlich versagen.

Vgl. Werner, Preuß. Hypothekengesetze Bd. 1 S. 21, Bd. 2 S. 26.

Diese Ansicht ist bei den legislatorischen Verhandlungen nicht durchgedrungen. Der §. 40 des geltenden Gesetzes bestimmt vielmehr:

„Gleich- oder nacheintragene Gläubiger können Grundschulden nur dann anfechten, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung die Eintragung erlangt haben."

Die formelle Bedingung zur Anwendung dieses Gesetzes — Eintragung der Hypotheken der Klägerin im Wege der Zwangsvollstreckung — liegt nach dem oben bei der Sachdarstellung Gesagten hier vor. Materiell kann die Anfechtung nur dann für zulässig erachtet werden, wenn eines derjenigen Erfordernisse fehlt, von welchen die Begründung der Grundschuld abhängt. Das sind nach den §§. 18. 19 des Eigentumserwerbsgesetzes die Eintragung derselben und die Bewilligung der Eintragung seitens des Eigentümers des Grundstückes. Die Einreden müssen, wie das Reichsgericht in einem früheren Urteile,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 275,

sagt, den dinglichen Bestand des Realrechtes betreffen, also dahin gehen, daß das eingetragene Recht nur eine Scheinexistenz besitze.

Wenn z. B. die Eintragung auf ein anderes als das verpfändete Grundstück erfolgt, wenn es ferner an der Bewilligung des Schuldners fehlt oder die Bewilligung von einer handlungsunfähigen Person erteilt ist, so kann der später eingetragene Gläubiger geltend machen, daß eine Belastung des Grundstückes, welche seiner Befriedigung aus den Kaufgeldern entgegenstehe, überhaupt nicht vorliege. Sind derartige Mängel nicht vorhanden, so kann der später eingetragene Gläubiger der vorzugsweisen Befriedigung des Dritten, für welchen eine Grundschuld voreingetragen ist, ebensowenig widersprechen, als er den Schuldner nach dem §. 27 Abs. 2 des Eigentumserwerbsgesetzes zu hindern vermag, die für ihn — also ohne persönlichen Schuldgrund — eingetragene Grundschuld geltend zu machen.

Diese Ansicht entspricht auch der Gestaltung, welche die Grundschuld in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich erlangt hat. Der §. 1135 desselben bestimmt, ein Grundstück könne in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person (Grundschuldgläubiger) berechtigt ist, zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde (Grundschuld). Die Motive (Bd. 3 S. 786) bemerken hierzu, daß die Einwendungen, durch welche das Bestehen der Grundschuld verneint wird, den bezüglichen Einwendungen gegen den hypothekarischen Anspruch mit der Einschränkung entsprechen, daß das Bestehen der Grundschuld von der Existenz der bei der Bestellung vorausgesetzten Forderung keinesfalls abhängt. In betreff der Einreden gegen den hypothekarischen Anspruch sagen die Motive (Bd. 3 S. 608), daß ungültige Eintragungen nur für die seltenen Fälle denkbar sind, in welchen dem dinglichen Vertrage ein Mangel anhaftet.

Da in der hier vorliegenden Sache Einreden, welche den dinglichen Bestand der angefochtenen Grundschuld betreffen, welche also Mängel der Eintragung oder der Eintragungsbewilligung rügen, nicht erhoben sind, und da die Klägerin in keiner Weise angedeutet hat, daß sie mit ihrer Einrede der Simulation einen Mangel des dinglichen Bestandes der Grundschuld hat rügen wollen, so ist die Sache zur Endentscheidung gemäß §. 528 C.P.O. reif, und es konnte, ohne daß es auf eine Erörterung der weiteren Beschwerden ankommt, die Abweisung der unbegründeten Klage ausgesprochen werden."

53. Ist das Mitglied einer Baptistengemeinde, welches aus derselben durch Gemeindebeschluß ausgeschlossen ist, die Gültigkeit dieses Beschlusses im ordentlichen Rechtswege anzufechten befugt?

A.L.R. II. 6 §§. 43. 44, II. 11 §§. 20. 55—57.
Preuß. Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 Art. 15.
Preuß. Gesetz über die Grenzen des Rechtes zum Gebrauche kirchlicher Straf- u. Zuchtmittel vom 13. Mai 1873 (G.S. S. 205).

IV. Civilsenat. Urt. v. 19. Mai 1890 i. S. Baptistengemeinde zu R. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. IV. 30/90.

I. Landgericht Bartenstein.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Obige Frage ist verneint aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Die Klägerin ist im Jahre 1883 als Mitglied der mit Korporationsrechten nicht versehenen, beklagten Baptistengemeinde aufgenommen und aus derselben durch Gemeindebeschluß vom 24. Oktober 1886 ausgeschlossen worden. Mittels der gegenwärtigen Klage ficht sie diesen Beschluß als ungültig an, weil der gegen sie erhobene Vorwurf eines unsittlichen Verhältnisses zu einem anderen Gemeindemitgliede, durch welchen ihre Ausschließung motiviert sei, der thatsächlichen Begründung entbehre. Ihr Klagantrag bezweckt die Feststellung, daß der gedachte Beschluß ungültig, sie nach wie vor Mitglied der beklagten Gemeinde sei und die Rechte eines solchen niemals verloren habe. Die Beklagte hat die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben, auf welche die Verhandlung und die Entscheidung der Vorinstanzen beschränkt ist. Der erste Richter hat diese Einrede für durchgreifend erachtet, weil der der Klage zur Seite stehende §. 56 A.L.R. II. 11 mit Art. 15 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 unvereinbar und durch das Gesetz über die Grenzen des Rechtes zum Gebrauche kirchlicher Straf- und Zuchtmittel vom 13. Mai 1873 beseitigt sei, welches den Religionsgesellschaften die selbständige Befugnis zum Ausschlusse von Mitgliedern gewährt habe. Der Berufungsrichter hingegen hat den fraglichen Einwand verworfen und die Sache zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurückverwiesen. Er

nimmt an, daß vorliegend weder Art. 15 der Verfassungsurkunde, noch das Gesetz vom 13. Mai 1873 in Betracht komme; ersterer nicht, weil er durch das Gesetz vom 5. April 1873 abgeändert und demnächst, ohne daß die Beklagte Rechte aus demselben herleiten könne, durch das Gesetz vom 18. Juni 1875 gänzlich aufgehoben sei, übrigens auch den §. 56 A.L.R. II. 11 nicht beseitigt habe, und letzteres nicht, weil dasselbe nach seiner Fassung und den Motiven die Abgrenzung der kirchlichen Rechte lediglich im Interesse des Staates bezwecke und diesen gegen die Übergriffe der kirchlichen Organe schützen solle, nicht aber den Kirchen- und Religionsgesellschaften irgend welche Rechte gewähre, die ihnen bis dahin nicht zugestanden hätten. Der Berufungsrichter erachtet demnach die einschlägigen Vorschriften des Allgem. Landrechtes für allein maßgebend und folgert aus ihnen die Zulässigkeit des Rechtsweges über den mit der Klage verfolgten Anspruch. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision ist begründet.

Das Allgemeine Landrecht unterscheidet die vom Staate ausdrücklich aufgenommenen, mit den Rechten privilegierter Korporationen ausgestatteten Kirchengesellschaften, unter welchen anerkanntermaßen nur die evangelische und die katholische Kirche zu verstehen sind, und die vom Staate genehmigten, aber nicht in gleicher Weise privilegierten Religionsgesellschaften, welche, soweit ihnen nicht (wie den Brüdergemeinden und den Gemeinden der von der Landeskirche sich getrennt haltenden Lutheraner) durch besondere Konzessionen weitergehende Rechte verliehen sind, nur die in den §§. 11 flg. A.L.R. II. 6 normierten Rechte der geduldeten Gesellschaften genießen.

Vgl. §§. 17. 20 A.L.R. II. 11; Jacobson, Das evangelische Kirchenrecht des preußischen Staates Bd. 1 S. 123 flg.; Hinschius in Koch's Kommentar zum Allgem. Landrechte 8. Aufl. Anm. 29 zu §. 17 II. 11; v. Rönne, Preuß. Staatsrecht (4. Aufl.) Bd. 2 S. 160 Anm. 3.

In diesem Rechtszustande ist durch Art. 12 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 insofern eine Änderung bewirkt, als es seitdem der staatlichen Genehmigung zur Bildung von Religionsgesellschaften nicht mehr bedarf.

Zu den bloß geduldeten (nicht privilegierten und nicht konzessionierten) Religionsgesellschaften im Sinne des Allgem. Landrechtes gehören unstreitig die Baptistengemeinden, welche nur unter gewissen

Voraussetzungen Korporationsrechte erlangen können (Gesetz vom 7. Juli 1875, G.S. S. 374). Die Rechtsverhältnisse derselben regelten sich also unter der Herrschaft des Allgem. Landrechtes im allgemeinen nach den Vorschriften über die geduldeten Privatgesellschaften. Nach den §§. 14. 43 A.L.R. II. 6 steht solchen Gesellschaften zwar frei, Mitglieder, welche dem Gesellschaftszwecke vorsätzlich oder beharrlich zuwiderhandeln, auszustoßen. Sie dürfen aber diese Befugnis nur „unter Aufsicht des Staates und nach den von ihm vorgeschriebenen Gesetzen" ausüben (§. 44 das.). Hieraus hat die Praxis des vormaligen preußischen Obertribunales, unter durchgängiger Zustimmung der Doktrin, gefolgert, daß der Ausgestoßene den Ausschließungsbeschluß der Gesellschaft im ordentlichen Rechtswege anfechten dürfe.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 7 S. 726 flg.; Striethorst, Archiv Bd. 7 S. 292 flg.

Ob dieser Grundsatz auch auf geduldete Religionsgesellschaften anzuwenden war, erscheint trotz der Vorschrift des §. 20 A.L.R. II. 11 nicht zweifellos, da die §§. 50—57 a. a. O. über das Verhältnis der Religionsgesellschaften zu ihren Mitgliedern besondere Bestimmungen treffen, deren Auslegung streitig geworden ist. Namentlich verordnen

§. 55. „Wegen bloßer von dem gemeinen Glaubensbekenntnisse abweichender Meinungen kann kein Mitglied ausgeschlossen werden."

§. 56. „Wenn über die Rechtmäßigkeit der Ausschließung Streit entsteht, so gebührt die Entscheidung dem Staate."

§. 57. „Soweit mit einer solchen Ausschließung nachteilige Folgen für die bürgerliche Ehre des Ausgeschlossenen verbunden sind, muß vor deren Veranlassung die Genehmigung des Staates eingeholt werden."

Das Obertribunal hat in dem Urteile vom 26. Oktober 1857, vgl. Striethorst, Archiv Bd. 27 S. 87 flg.,

welches eine von der Landeskirche getrennte lutherische Gemeinde betrifft, den Satz ausgesprochen, daß die Rechtmäßigkeit der Ausschließung aus einer kirchlichen Gemeinde nicht im Wege Rechtens angefochten werden könne, indem unter dem Staate im §. 56 a. a. O. ebensowenig wie im §. 57 a. a. O. die Gerichte, sondern die mit der Kirchenzucht betrauten, geistlichen Oberen und in letzter Instanz das Ministerium der geistlichen Angelegenheiten zu verstehen seien. Mit

Recht ist gegen diese Begründung von Koch (Kommentar Note 2 zu §. 56 a. a. O.), welchem Hinschius (ebendas.) zuzustimmen scheint, geltend gemacht, daß die geistlichen Oberen, insbesondere die Bischöfe der katholischen Kirche nicht zu den vom Staate bestellten Behörden gehören. Auch ist anzuerkennen, daß die Parallelvorschrift des §. 44 A.L.R. II. 6 in der ihr nach Obigem beigelegten Bedeutung mit erheblichem Gewichte für die von Koch vertretene Meinung spricht, daß auch nach §. 56 a. a. O. die Gerichte zur Entscheidung über desfallsige Streitigkeiten berufen seien. Andererseits ist vom Obertribunale hervorgehoben, daß unter dem „Staate" im §. 57 a. a. O. nicht die Gerichte, sondern nur die mit der Aufsicht über die Religionsgesellschaften betrauten, staatlichen Verwaltungsbehörden verstanden werden könnten, und es auffällig wäre, wenn dasselbe Wort in unmittelbar aufeinander folgenden, die nämliche Materie betreffenden Vorschriften eine verschiedene Bedeutung haben sollte. Die Materialien des Allgem. Landrechtes, welche von Jacobson (a. a. O. Bd. 2 S. 614 flg.) mitgeteilt sind, ergeben über die vorliegende Frage nichts Sicheres. Insbesondere ist aus der Bemerkung von Suarez:

„Verschiedene Monenten wollen die Ausübung dieses juris excludendi bloß dem Staate überlassen. Dazu ist aber kein Grund; genug, daß dem excluso nach §. 46 (§. 56 des Gesetzes) der Rekurs an den Staat offensteht. Wenn immer beim Staate geklagt werden müßte, so würde oft ein unnötiges und schädliches Aufsehen entstehen" —

nichts darüber zu entnehmen, an welche Behörde man bei der Vorschrift der §§. 56. 57 a. a. O. gedacht hat. Und im allgemeinen bestimmt §. 113 A.L.R. II. 11, daß die dem Staate über die Kirchengesellschaften nach den Gesetzen zukommenden Rechte von dem geistlichen Departement verwaltet werden, soweit sie nicht dem Oberhaupte des Staates ausdrücklich vorbehalten sind.

Vgl. Jacobson, a. a. O. Bd. 1 S. 108 flg.

In dem weiterhin noch zu erörternden Urteile vom 11. September 1874 hat das Obertribunal,

vgl. Entsch. dess. Bd. 73 S. 13. 14,

nur bemerkt, daß der Ausgeschlossene nach §. 56 a. a. O. die Rechtmäßigkeit seiner Ausschließung bestreiten und die Entscheidung darüber bei der „kompetenten Staatsbehörde" in Antrag bringen könne, ohne

sich darüber auszusprechen, welche Staatsbehörde es als die kompetente ansieht.

Es kann indes dahingestellt bleiben, wie die vorliegende Streitfrage nach den Vorschriften des Allgem. Landrechtes zu beantworten sein möchte, da, wie mit dem ersten Richter anzunehmen ist, durch die neuere Gesetzgebung der Ausschluß des Rechtsweges außer Zweifel gestellt ist.

Der Art. 15 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 bestimmt, daß die evangelische und die römisch-katholische Kirche, sowie jede andere Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten *selbständig* ordnen und verwalten. Der Zweck dieser Satzung war, die Kirchen- und Religionsgesellschaften von der positiven (anordnenden oder verwaltenden) Einmischung des Staates in ihre eigenen Angelegenheiten zu befreien, ohne damit zugleich das Recht der staatlichen Kirchenhoheit mit dem aus solchem entfließenden Aufsichts- und Gesetzgebungsrechte zu beseitigen, weshalb dem durch das Gesetz vom 5. April 1873 (G.S. S. 143) gemachten Zusatze: „bleibt aber den Staatsgesetzen und der gesetzlich geordneten Aufsicht des Staates unterworfen" in der That nur eine deklaratorische Bedeutung beizulegen ist.

Vgl. Hinschius, Die preußischen Kirchengesetze des Jahres 1873 S. 35 flg.; Schulze, Preuß. Staatsrecht Bd. 2 S. 701—703. 704; v. Rönne, a. a. O. S. 378 flg.; Entsch. des Obertrib. Bd. 73 S. 12. 13; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 365.

Im übrigen ist, namentlich in bezug auf die evangelische Kirche, streitig geworden, ob und eventuell in welchem Umfange der Art. 15 einen sofort anwendbaren Rechtssatz aufgestellt, oder ob er nur eine Zusicherung gegeben habe, deren volle Verwirklichung noch von weiteren gesetzgeberischen Maßregeln abhängig gewesen sei.

Vgl. Jacobson, a. a. O. Bd. 1 S. 114 flg.; v. Rönne, a. a. O. S. 396 flg.

Wenn man sich indes auch der letzteren Auffassung anschließen wollte, so folgt daraus doch nicht, daß nicht mit Emanation der Verfassung solche Vorschriften der bisherigen Gesetzgebung, welche mit dem im Art. 15 *als geltend erklärten* Grundsatze schlechthin unvereinbar sind, und deren Beseitigung irgend welche Ausführungsmaßnahmen nicht erheischt, sofort aufgehoben sein sollten. Zu diesen Vorschriften aber gehören die §§. 55. 56 A.L.R. II. 11, welche eine staatliche Ein-

wirkung auf eine im strengsten Sinne des Wortes innere Angelegenheit der Religionsgesellschaften statuieren. Gerade die Frage der Mitgliedschaft in einer solchen und der Berechtigung des Ausschlusses aus derselben ist regelmäßig mit den dogmatischen und sittlichen Auffassungen der betreffenden Gesellschaft dergestalt verknüpft, daß ihre Entscheidung durch staatliche Behörden, namentlich auch staatliche Gerichtshöfe, mit der verfassungsmäßig anerkannten Selbständigkeit der Religionsgesellschaften unverträglich erscheinen kann, weil diese dadurch gezwungen werden können, Mitglieder zu dulden, welche ihnen innerlich völlig entfremdet sind. Der Berufungsrichter glaubt in dieser Hinsicht unterscheiden zu können zwischen der Mitgliedschaft in kirchlichem und der Mitgliedschaft in rechtlichem Sinne, zu welcher letzteren er das Recht der Mitwirkung bei den Gemeindebeschlüssen und das Recht der Teilnahme an den in Gemeinderäumen stattfindenden, gemeinsamen Gottesdiensten, nicht aber den Anspruch auf Zulassung zu „besonderen kirchlichen Handlungen, welche nur einen inneren, religiösen Wert haben und sich durch staatliche Einwirkung nicht herstellen lassen", rechnet. Allein diese Unterscheidung ist nicht nur an sich unhaltbar, da doch auch die gemeinsamen Gottesdienste nur einen „religiösen Wert" haben, sondern sie verhindert auch nicht die einschneidendsten Eingriffe in die Selbständigkeit der betroffenen Religionsgesellschaft, welche gerade durch die vom Staate erzwungene Beteiligung solcher Personen, die sie nicht mehr als ihre Glieder betrachtet, an ihren beschließenden und gottesdienstlichen Versammlungen in hohem Maße gefährdet zu werden vermag. Mit gutem Grunde hat daher Jacobson (a. a. O. Bd. 1 S. 120) aus Art. 15 der Verfassungsurkunde den Fortfall des §. 56 A.L.R. II. 11 gefolgert, weil es insoweit zur Vollziehung des Art. 15 besonderer legislativer Akte nicht bedurft habe. Das Obertribunal hat freilich in dem bereits erwähnten Urteile vom 11. September 1874, welches das Verhältnis der sog. Altkatholiken zur römisch-katholischen Kirche betrifft, hinsichtlich der §§. 55. 56 a. a. O. das Gegenteil angenommen, weil die verfassungsmäßig garantierte Selbständigkeit der Religionsgesellschaften sich nur auf die ausschließlich und allein dem kirchlichen (bezw. religiösen) Gebiete angehörigen Angelegenheiten beziehe, zu diesen aber die Ausschließung aus der Gesellschaft nicht gehöre, da diese, insofern es sich um den Verlust bisheriger Rechte und die Fortdauer bisheriger Pflichten handle, mit

vermögensrechtlichen Folgen verbunden sei oder doch sein könne (vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 73 S. 12. 13). Allein zutreffend ist hiergegen von Hinschius (vgl. Koch, Kommentar Anm. 1 zu §. 55 A.L.R. II. 11) geltend gemacht, daß das Kriterium des selbständigen Rechtes der Kirche nur darin, ob die fragliche Angelegenheit ihrem Wesen nach in der der Kirche zugehörigen Sphäre liege und nicht in den zufällig (nicht notwendig) daran geknüpften Folgen zu finden sei. Darüber aber, daß die Entscheidung über die für die Mitgliedschaft und deren Fortbestehen unerläßliche Qualifikation recht eigentlich zu den inneren Angelegenheiten jeder Religionsgesellschaft gehört, kann nach dem vorstehend Bemerkten nicht füglich ein Zweifel obwalten. Nun ist zwar der Art. 15 der Verfassungsurkunde durch das Gesetz vom 18. Juni 1875 (G.S. S. 259) völlig aufgehoben. Dadurch sind indes die durch denselben beseitigten Vorschriften der früheren Gesetzgebung nicht ohne weiteres wiederhergestellt, sondern es sind nur — der Absicht des Gesetzgebers gemäß — die aus der Verfassungsurkunde hergeleiteten Beschränkungen für die fernerweite Regulierung kirchlicher Verhältnisse mittels staatlicher Spezialgesetzgebung aus dem Wege geräumt worden.

Vgl. Hinschius, Die preuß. Kirchengesetze aus dem Jahre 1874 und 1875 S. 20. 21 und in Koch, Kommentar Anm. 40 zu §. 32 A.L.R. II. 11; v. Rönne, a. a. O. S. 379—381.

Es ist daher die Meinung des Berufungsrichters, daß die Beklagte sich auf den Art. 15 der Verfassungsurkunde nur berufen könnte, wenn die Ausschließung der Klägerin „unter der Herrschaft" desselben erfolgt wäre, als richtig nicht anzuerkennen.

Wollte man aber auch Bedenken tragen, dieser Auslegung des Art. 15 zuzustimmen, so wird deren Ergebnis doch durch das Gesetz über die Grenzen des Rechtes zum Gebrauche kirchlicher Straf- und Zuchtmittel vom 13. Mai 1873 (G.S. S. 205), welches in dem angeführten Urteile des Obertribunales vom 11. September 1874 nicht in Betracht gezogen ist, gegen jede Anfechtung gesichert. Ausweislich der Motive des Entwurfes dieses Gesetzes, welcher in der hier fraglichen Hinsicht nur in der Fassung von dem letzteren abweicht, war dessen Zweck allerdings in erster Reihe der, einem Mißbrauche der kirchlichen Straf- und Zuchtmittel entgegenzutreten, und man hielt die legislative Regelung dieser Angelegenheit für unerläßlich, weil die bestehende Gesetzgebung, insbesondere die §§. 52 flg. A.L.R. II. 11, zu

diesem Zwecke nicht ausreichten, auch der durch die Verfassungsurkunde veränderten Stellung des Staates zu den Religionsgesellschaften nicht mehr entspräche. Dabei wurde jedoch gleichzeitig als leitender Grundsatz hingestellt, daß ein Staat, welcher den verschiedenen Kirchen- und Religionsgesellschaften Raum zu freier und selbständiger Entwickelung gewähre, nur insoweit gegen einen Mißbrauch der geistlichen Amtsgewalt einzuschreiten Beruf habe, als die staatlichen Einrichtungen und Gesetze, die staatlichen Rechte seiner Angehörigen oder die Erfüllung der den letzteren gegen den Staat obliegenden Pflichten gefährdet würden, und zu dem mit dem §. 1 des Gesetzes sachlich übereinstimmenden §. 1 des Entwurfes wurde bemerkt, daß derselbe die Grenzen bezeichne, innerhalb deren dem Rechte zur Anwendung kirchlicher Straf- und Zuchtmittel freie Bewegung verstattet bleibe.

Vgl. Verhandl. des Abgeordnetenhauses Session 1872/73, Anlagen Bd. 1 S. 126—128.

Auch ist in der Begründung des die Strafsatzung enthaltenden §. 5 des Entwurfes hervorgehoben, daß es zweckmäßiger erscheine, die Beobachtung der vom Gesetze festgestellten Normen unter die Garantie des von den Landesgerichten anzuwendenden Strafgesetzes zu stellen, statt, wie dies in §. 57 A.L.R. II. 11 geschehen sei, eine vorgängige Zustimmung der Staatsbehörde für gewisse Akte der kirchlichen Organe zu erfordern (S. 129 das.) Es war also, wie hieraus erhellt, zugleich auf eine neue gesetzliche Abgrenzung der kirchlichen und staatlichen Rechte auf dem fraglichen Gebiete, unter Beseitigung der bestehenden Gesetzgebung, abgesehen. Noch klarer ergiebt sich dies aus den im Abgeordnetenhause gepflogenen Verhandlungen. Schon bei der ersten Beratung des Entwurfes trat der Abgeordnete Lasker der Meinung, daß der Entwurf etwas in Preußen nicht Erhörtes zumute, durch den Hinweis auf die bereits im Allgem. Landrechte unternommene Auseinandersetzung zwischen Staat und Kirche entgegen, bei welcher der Staat sich nicht selten in das innere Gebiet der Kirche verirrt habe, wofür auf die §§. 55. 56 A.L.R. II. 11 Bezug genommen wurde. Der Gesetzentwurf, so bemerkte derselbe weiter, verlasse diesen Weg, er mische sich nicht in die inneren Angelegenheiten der Kirche und führe in Wahrheit nur den Satz der Verfassung aus, daß die Kirchen- und Religionsgesellschaften innerhalb ihrer eigenen

Angelegenheiten selbständig sein sollten; insbesondere sage §. 1 ganz deutlich, daß die ungeheuere Waffe, welche in dem Ausschlusse aus der Kirche liege, den Religionsgesellschaften überlassen werde.

Vgl. Stenogr. Berichte der Session 1872/73 Bd. 1 S. 685. 686.

In dem Kommissionsberichte (Anlagen Bd. 2 S. 986 flg.) heißt es u. a.:

„Die bürgerlichen Rechte an Leib, Ehre, Freiheit, Vermögen fallen dem Staate ausschließlich zu. — Andererseits gebührt den Kirchen- und Religionsgesellschaften das Recht des Ausschließens von ihrer Gemeinschaft, die Versagung des Abendmahles — — — die Gewährung oder Versagung alles dessen, was nur sie kraft ihrer Einrichtungen gewähren können. Im wesentlichen ist dieser Gesichtspunkt auch in den deutschen Gesetzgebungen der maßgebende gewesen." (Folgen Citate, u. a. der §§. 52. 57 A.L.R. II. 11.) „Trotzdem hält die Mehrheit der Kommission ein ausdrückliches Gesetz über die Abgrenzung dieser Gewalten nach der Verfassungsurkunde für notwendig. Zunächst ist die Abgrenzung der kirchlichen Strafmittel nicht immer korrekt gezogen. Beispielsweise wird die Bestimmung des §. 55 A.L.R. II. 11 als mit der Selbständigkeit der Kirche nicht mehr vereinbar anzusehen sein." — — —

Dem von einem evangelischen Mitgliede angeregten Zweifel, ob es richtig sei, statt diejenigen, welche sich durch Überschreitung der Grenzen der Kirchenzucht verletzt fühlten, auf den Civilrechtsweg und das gemeine Strafrecht zu verweisen, alle solche Überschreitungen sogleich unter Strafe zu stellen, wurde von der Kommission keine Folge gegeben, und zu §. 4 bemerkt der Bericht derselben noch:

„Die Kommission hält hier, wie schon zu §. 1, an dem Grundsatze fest, daß die Ausschließung von einer Religionsgemeinschaft ein unentziehbares Recht der Gemeinschaft bleibt, und daß jeder Angehörige mit der Wahl seiner Religionsgemeinschaft sich auch dieser Folge unterwirft und unterwerfen muß."

Bei der zweiten Beratung des Gesetzentwurfes im Abgeordnetenhause wurde vom Abgeordneten v. Saucken-Tarputschen folgender Zusatz zu §. 1 beantragt:

„In Beziehung auf das Recht der Ausschließung aus der Kirche oder Religionsgesellschaft bleiben die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen in Kraft."

Zur Begründung dieses Antrages wies der Abgeordnete Eberty auf die einschlägigen Vorschriften des Tit. 6 Tl. II. A.L.R. hin und erklärte deren Beseitigung für einen Rückschritt der Gesetzgebung. Und der Abgeordnete v. Saucken-Tarputschen bemerkte im wesentlichen:

Es sei nach seiner Auffassung durchaus nicht klargestellt, ob der §. 1 des Gesetzentwurfes in seinem Abs. 1 ein neues aktuelles Recht in bezug auf die Ausschließung aus der evangelischen Kirche schaffen wolle oder nicht; wenn man den Paragraphen einfach lese, so könnte man glauben, es werde nicht neues Recht geschaffen; anders lauteten jedoch einige Aussprüche des Kommissionsberichtes. Die Rechtsgrundlage für die evangelische Kirche sei in dieser Beziehung immer noch das Allgem. Landrecht, und diese könnte nur geändert werden, wenn man — mit der Kommission — die Verfassungsurkunde als auch für diese Frage allein maßgebend ansähe. Diese Auffassung sei jedoch für die evangelische Kirche nicht gerechtfertigt, welcher der Art. 15 der Verfassungsurkunde nur ein Anrecht auf Selbständigmachung gewähre, da ihr damals die zur sofortigen Selbständigkeit nötige Organisation gefehlt habe.

Vgl. Stenogr. Berichte Bd. 3 S. 1719.

Der Berichterstatter Abgeordneter Gneist (ebendas. S. 1723) sprach sich gegen diesen Abänderungsantrag aus, indem er — mit der Mehrheit der Kommission — die bezüglichen Vorschriften des Allgem. Landrechtes (speziell erwähnt wurden die §§. 52. 57 II. 11) für unvereinbar mit Art. 15 der Verfassungsurkunde und den Hauptzweck des vorliegenden Gesetzes für verfehlt erklärte, wenn man solche Bestimmungen des Allgem. Landrechtes neben dem Art. 15 und diesem Gesetze fortdauern lassen wolle. Er bemerkte schließlich:

„Ich kann nicht anders, als der für selbständig erklärten Kirche das Recht zugestehen, aus kirchlichen Gründen von ihrer Gemeinschaft auszuschließen. Daß dadurch die Stellung der Kirche eine freiere geworden ist als früher, ist der Sinn und Zweck des Art. 15 der Verfassungsurkunde gewesen."

Der gedachte Abänderungsantrag ist sodann abgelehnt (a. a. O. S. 1724), und das Gesetz in der von der Kommission beschlossenen Fassung vom Abgeordnetenhause und demnächst auch vom Herrenhause genehmigt.

Nach dieser Darstellung unterliegt es keinem gegründeten Zweifel, daß durch §. 1 Abs. 1 des Gesetzes:

„Keine Kirche oder Religionsgesellschaft ist befugt, andere Straf- oder Zuchtmittel anzudrohen, zu verhängen oder zu verkünden, als solche, welche dem rein religiösen Gebiete angehören oder die Entziehung eines innerhalb der Kirche oder Religionsgesellschaft wirkenden Rechtes oder die Ausschließung aus der Kirchen- oder Religionsgesellschaft betreffen,"

in Verbindung mit §. 4 desselben, welcher einige hier nicht in Betracht kommende Einschränkungen hinzufügt, der selbständige Machtbereich der Kirchen- und Religionsgesellschaften in Anwendung von Straf- und Zuchtmitteln auch positiv und unter Ausschluß jeder anderen staatlichen Einwirkung als der in §. 5 des Gesetzes vorgesehenen strafrechtlichen Repression hat bestimmt werden sollen und in unzweideutiger Weise bestimmt ist. Und dieses Ergebnis entspricht auch der Natur der Sache und den Anforderungen der dargelegten Rechtsentwickelung. (Gleicher Ansicht ist Hinschius, Die preuß. Kirchengesetze des Jahres 1873 S. 3. 17. 18 und in Koch's Kommentar Anm. 1—3 zu den §§. 55—57 A.L.R. II. 11).

Hiermit ist auch die Unzulässigkeit der prozessualen Geltendmachung des Anspruches auf Mitgliedschaft gegen eine Kirchen- oder Religionsgesellschaft, welche dem Wesen und der zugesicherten Selbständigkeit der letzteren nicht minder zuwiderläuft, als das Eingreifen einer staatlichen Verwaltungsbehörde, außer Frage gestellt. Man könnte hiergegen einwenden wollen, daß mit der Beseitigung der anordnenden Einwirkung der Staatsgewalt noch nicht notwendig die gerichtliche Verfolgung eines individuellen Gesellschaftsrechtes ausgeschlossen sei. Allein, wie die mitgeteilten Materialien des gedachten Gesetzes klar ergeben, ist auch diese Art eines staatlichen Eingreifens in die inneren Angelegenheiten der Religionsgesellschaften in den Kreis der Erwägungen gezogen und für nicht statthaft erachtet, und es ist derselben daher durch die zu diesem Zwecke gewollte und erkennbar zum Ausdrucke gebrachte Beseitigung der einschlägigen Bestimmungen des Allgem. Landrechtes die rechtliche Grundlage entzogen. Bei dieser Sach- und Rechtslage erübrigt die Erörterung der Frage, ob überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen ein klagbares Privatrecht auf Anerkennung oder Wiedergewährung der Mitgliedschaft gegen eine Religionsgesellschaft anzunehmen sein möchte.

Vgl. Gierke, Die Genossenschaftstheorie S. 183—187.

Ebenso findet durch das Gesagte ihre Widerlegung die Ausführung der Revisionsbeklagten, daß zwischen dem materiellen Rechte der Religionsgesellschaften zur Ausschließung von Mitgliedern und der Kompetenz zur Nachprüfung derartiger Maßregeln zu unterscheiden sei, und daß, wenn auch ersteres den Religionsgesellschaften gewährt sei, doch die letztere sehr wohl den staatlichen Gerichten verblieben sein könne, zumal gegenüber solchen Religionsgesellschaften, welche nicht, wie die anerkannten Kirchen, eine die Beschwerdeführung an eine höhere Instanz ermöglichende Organisation besäßen. Denn das Recht der Nachprüfung schließt das Recht der Außerkraftsetzung der angefochtenen Maßregel in sich, und dieses steht mit der vom Gesetze gewollten und ausgesprochenen Selbständigkeit der Religionsgesellschaften in ihren inneren Angelegenheiten in Widerspruch, ohne daß es auf die Art der Organisation der letzteren ankommt.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß in der rechtlichen Beurteilung der vorliegenden Frage dadurch nichts geändert ist, daß die §§. 2—6 des Gesetzes vom 13. Mai 1873 inzwischen durch Art. 4 des Gesetzes vom 29. April 1887 aufgehoben sind."

---

54. Läßt die Vorschrift des §. 3 des Gesetzes vom 14. Mai 1873, betreffend den Austritt aus der Kirche, die Berücksichtigung eines Gewohnheitsrechtes zu, das sich dahin gebildet haben soll, daß sämtliche Wirte und Hausväter der zu einer evangelischen Parochie gehörigen Ortschaften ohne Unterschied der Konfession und ohne Rücksicht auf Grundbesitz zu Kirchen- und Pfarrabgaben an die evangelische Kirche der Parochie und deren Beamte verpflichtet seien?

A.L.R. II. 11 §. 261.

IV. Civilsenat. Urt. v. 2. Juni 1890 i. S. H. u. Gen. (Kl.) w. evangelische Kirchengemeinde M. (Bekl.) Rep. IV. 38/90.

I. Landgericht Öls.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Aus den Gründen:

... „Die Kläger, welche als Lutheraner, die sich von der evangelischen Landeskirche getrennt halten, der evangelisch-lutherischen Ge-

meinde von L. angehören, sind von der Beklagten zu Parochialabgaben herangezogen worden, behaupten jedoch, gegenüber der Beklagten von Parochialabgaben auf Grund der Generalkonzession für die von der Gemeinschaft der evangelischen Landeskirche sich getrennt haltenden Lutheraner vom 23. Juli 1845 befreit zu sein, und haben vermöge dieser behaupteten Befreiung auf Rückzahlung von im ganzen 56,07 ℳ an Beiträgen zum Pastorengehaltszuschusse und zu den Pfarrhausbaukosten sowie an Läutegeld, welche Beträge sie im Jahre 1888 gezahlt haben, sowie auf Feststellung ihrer Freiheit von der Abgabenpflicht gegenüber der Beklagten Klage erhoben. Die Beklagte hat behauptet, daß nach besonderem Herkommen in der evangelischen Parochie M.-B. die in Frage stehenden Abgaben auch von Nichtevangelischen zu entrichten seien. Zum Beweise dessen hat sie sich auf eine Reihe von Urkunden und auf amtliche Auskunft von Behörden berufen. Das Landgericht hat nach erhobenem Beweise das behauptete Herkommen nicht für dargethan erachtet und daher dem Klagantrage gemäß erkannt. Auf die Berufung der Beklagten ist dies Urteil abgeändert und die Abweisung der Kläger mit der Klage ausgesprochen worden. Das Berufungsgericht nimmt auf Grund der vorgelegten Urkunden an, daß zwar im Jahre 1849 nach dem Erscheinen der Generalkonzession vom 23. Juli 1845 Streitigkeiten wegen der Verpflichtung der in dem Kirchspiele M. wohnhaften und angesessenen Altlutheraner, Kirchen- und Pfarrabgaben an die evangelische Kirche in M. zu entrichten, entstanden seien, daß aber aus diesen Streitigkeiten gegen das behauptete Herkommen sich nichts entnehmen lasse, daß es vielmehr darauf ankomme, ob bis zum Erscheinen des Gesetzes das Herkommen in Geltung gewesen sei, und daß, wenn es beim Erscheinen des Gesetzes bestanden habe, sein Fortbestand nicht auf Grund der späteren Streitigkeiten verneint werden könne. Daß aber das fragliche Herkommen zu der angegebenen Zeit bestanden habe, entnimmt das Berufungsgericht aus den vorgelegten Beweismitteln. Dabei wird besonderes Gewicht gelegt auf die für festgestellt erachtete Thatsache, daß drei in dem Kirchspiele M. wohnhafte Katholiken, die Inwohner S. in M., N. in B. und S. ebendort, von jeher den Tischgroschen und die Gebühren für den Neujahrs- und Osterumgang an den evangelischen Pfarrer zu M. entrichtet, auch zu den sonstigen Abgaben an die evangelische Kirche daselbst gleich den evangelischen Be-

wohnern des Kirchspieles beigetragen und gleich diesen das Läutegeld bezahlt haben. Das Gericht nimmt an, daß, da die drei katholischen Inwohner, der Inwohner S. schon vor länger als dreißig Jahren vom Jahre 1852 zurückgerechnet, die fraglichen Angaben entrichtet haben, die Entrichtung in Befolgung eines bestehenden Herkommens geschehen sei. Dabei wird erwogen, es sei nicht festgestellt, auch nicht behauptet, daß es in der Parochie katholische Bewohner gegeben habe, von denen die Abgaben nicht gezahlt worden seien. Weiter wird in Betracht gezogen, daß die der Parochie M. angehörigen Altlutheraner selbst seit ihrem im Jahre 1840 erfolgten Austritte aus der evangelischen Landeskirche bis zum Jahre 1849 freiwillig und ohne Widerspruch die Abgaben für die evangelische Kirche in M. entrichtet haben. Bezug genommen wird ferner auf zahlreiche, in den landrätlichen Akten enthaltene Berichte des an der Kirche zu M. seit 1831 angestellt gewesenen Pastors J., welche die Versicherung enthalten, daß auch von den nichtevangelischen Bewohnern der Parochie zufolge und auf Grund eines in ihr bestehenden Herkommens seit undenklichen Zeiten die Kirchen- und Pfarrabgaben an die evangelische Kirche in M. und deren Beamte entrichtet worden seien. Weiter wird Rücksicht genommen auf Entscheidungen der Bezirksregierung in Breslau vom 12. Dezember 1859, vom 31. Juli 1860 und vom 13. September 1873, in denen ausgesprochen sei, daß die Altlutheraner in der Parochie M. eine Befreiung von den an die evangelische Kirche und Pfarre daselbst zu entrichtenden Abgaben nicht beanspruchen können, weil nach einer bestehenden, in der Verfügung vom 13. September 1873 als notorisch bezeichneten Observanz die sämtlichen, auch die nichtevangelischen Wirte in den Dörfern M., B.ke und B.ei zur Entrichtung der Abgaben verpflichtet seien. Dabei wird bemerkt, daß der Minister der geistlichen Angelegenheiten der Annahme der Bezirksregierung in den Erlassen vom 26. März 1860 und vom 19. Februar 1861 beigetreten sei. Das Berufungsgericht erwägt hierbei, die in Rede stehenden Entscheidungen der Verwaltungsbehörden seien insofern bedeutsam, als sich aus ihnen ergebe, daß die fraglichen Behörden keinen Anlaß gefunden haben, den Angaben des Pastors J. in seinen Berichten, auf denen die Annahme des Bestehens der Observanz wesentlich mit beruhe, zu mißtrauen oder Zweifel in ihre Richtigkeit zu setzen. Die Endfeststellung des Berufungsgerichtes geht

dahin, daß in der evangelischen Parochie M. bis zum Jahre 1849 eine Observanz bestanden habe, nach der sämtliche Wirte und Hausväter in den zur Parochie gehörigen Ortschaften ohne Unterschied der Konfession, also auch die nichtevangelischen, Kirchen- und Pfarrabgaben an die evangelische Kirche in M. und deren Beamte zu entrichten verpflichtet gewesen seien. Auf diese Feststellung wendet das Gericht die Bestimmung zu 10 der Generalkonzession vom 23. Juli 1845 an, nach der in Ansehung der Verpflichtung zu den aus der Parochialverbindung fließenden Lasten und Abgaben auch bei den sich von der evangelischen Landeskirche getrennt haltenden Lutheranern die auf die Aufhebung des Parochialzwanges bezüglichen Bestimmungen des §. 261 A.L.R. II. 11 zur Anwendung kommen soll, soweit nicht nach Provinzialgesetzen oder besonderem Herkommen dergleichen Abgaben auch von Nichtevangelischen an evangelische Kirchen und Pfarren oder umgekehrt zu entrichten sind.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision ist begründet. Nach §. 261 a. a. O. soll niemand bei einer Parochialkirche von einer anderen, als derjenigen Religionspartei, zu der er selbst sich bekennt, zu Lasten oder Abgaben, welche aus der Parochialverbindung fließen, angehalten werden, wenn er gleich in dem Pfarrbezirke wohnt oder Grundstücke darin besitzt. Diese Bestimmung ist nicht von vornherein zu voller Anwendung gelangt. Sie ist insbesondere auf die Angehörigen nicht privilegierter Religionsgesellschaften nicht angewendet worden. Diese sind dem Pfarrzwange unterworfen geblieben. Eine andere Einschränkung hat sie dadurch erhalten, daß die kirchlichen Abgaben vielfach dingliche Natur angenommen haben, daß also der Grundbesitz nicht bloß den Maßstab der Verteilung der Lasten bildete, sondern daß die Abgaben als Reallasten vom Grundbesitze als solchem zu entrichten waren. Hatte die Rechtsentwickelung diese Gestalt angenommen, so fand der §. 261 keinen Raum, zur Anwendung zu kommen.

In Ansehung der Altlutheraner, welche bis zum Erscheinen der Generalkonzession als selbständige Religionspartei im Sinne des §. 261 a. a. O. nicht anerkannt waren, die also einen Anspruch auf Befreiung von den Lasten einer der evangelischen Landeskirche angehörigen Parochialverbindung aus §. 261 nicht herleiten konnten, änderte sich der Rechtszustand durch die oben ihrem Inhalte nach an-

gegebene Bestimmung zu Nr. 10 der Generalkonzession. Der Wortlaut des Gesetzes würde nicht hindern, das von dem Berufungsgerichte festgestellte Herkommen als unter die Ausnahmevorschrift der Nr. 10 fallend anzusehen, also eine Befreiung der Kläger von den aus der Parochialverbindung fließenden Lasten und Abgaben auf Grund eines Herkommens, das bis dahin für sämtliche Wirte und Hausväter in den zur Parochie gehörigen Ortschaften ohne Unterschied der Konfession bestanden hätte, gelten zu lassen. Ob eine solche Auslegung der Bestimmung, mit welcher ein Rechtszustand als möglich hingestellt wird, in dem die Haftung der innerhalb des örtlichen Bereiches einer Kirchengemeinde wohnenden Wirte und Hausväter für die Parochiallasten ohne Rücksicht auf Grundbesitz, also eine persönliche Haftung begründet sein würde, mit dem Entwickelungsgange, den der Grundsatz von der Aufhebung des Parochialzwanges genommen hat, in Übereinstimmung stehen und der Absicht des Gesetzes entsprechen würde, oder ob nicht vielmehr die Bestimmung auf die Fälle, in denen Parochiallasten durch Herkommen die rechtliche Natur von Reallasten angenommen haben, einzuschränken ist, kann dahingestellt bleiben. Denn der Rechtszustand betreffs der Verbindlichkeit zu Leistungen, welche auf der Kirchengemeindeangehörigkeit beruhen, hat durch das Gesetz vom 14. Mai 1873, betreffend den Austritt aus der Kirche, eine fernere Änderung erfahren.

Nach §. 3 Abs. 1 dieses Gesetzes bewirkt die Austrittserklärung aus einer Kirche, daß der Ausgetretene zu Leistungen, welche auf der persönlichen Kirchen- oder Kirchengemeindeangehörigkeit beruhen, nicht mehr verpflichtet wird. Nur diejenigen Leistungen, welche nicht auf der persönlichen Kirchen- oder Kirchengemeindeangehörigkeit beruhen, insbesondere Leistungen, welche entweder kraft besonderen Rechtstitels auf bestimmten Grundstücken haften oder von allen Grundstücken des Bezirkes oder doch von allen Grundstücken einer gewissen Klasse in dem Bezirke ohne Unterschied des Besitzers zu entrichten sind, werden nach §. 3 Abs. 2 des Gesetzes durch die Austrittserklärung nicht berührt. Mit dieser gesetzlichen Bestimmung würde das vom Berufungsgerichte festgestellte Herkommen, wenn es nicht schon nach dem früheren Rechte als im Widerspruche mit ihm stehend ausgeschlossen wäre, seine Rechtswirksamkeit verloren haben. Denn nach dem Wortlaute des Gesetzes wie auch nach seinem aus den Materialien

sich ergebenden inneren Grunde[1] ist die Fortdauer der Verbindlichkeiten, welche der persönlichen Kirchengemeindeangehörigkeit entstammen, also auch derjenigen Verbindlichkeiten, die ohne Rücksicht auf Grundbesitz lediglich durch den Wohnsitz innerhalb des räumlichen Bereiches der Kirchengemeinde begründet werden könnten, mit dem Gesetze nicht verträglich.

Hiernach würde zwar ein Herkommen, das alle Grundbesitzer der Parochie oder eine bestimmte Klasse dieser Grundbesitzer ohne Rücksicht auf ihre Konfession zur Tragung der Parochiallasten verpflichtete, nach dem sich also die Parochiallasten zu Reallasten gestaltet hätten, fortdauernde Geltung behalten haben. Ein solches Herkommen ist aber weder festgestellt, noch enthält der Streitstoff Thatsachen, welche die Feststellung ermöglichen. Wie die drei katholischen Inwohner, Personen, die mit Grundbesitz nicht angesessen sind, sich dem Abgabenanspruche gegenüber verhalten haben, ist gleichgültig. Daß aber außer den Altlutheranern Grundbesitzer, die einer anderen Konfession als der evangelischen angehört haben oder angehören, innerhalb der Parochie M. angesessen gewesen sind, ist nicht behauptet. Daß die Altlutheraner von der Zeit ihres Austrittes aus der Landeskirche bis zum Erscheinen der Generalkonzession die kirchlichen Abgaben unweigerlich entrichtet haben, ist ohne Bedeutung. Die Verpflichtung der Altlutheraner zur Leistung dieser Abgaben bis zum Erscheinen der Generalkonzession folgte daraus, daß mangels der Anerkennung der Altlutheraner als einer selbständigen Religionspartei und infolge des angenommenen Mangels der rechtlichen Wirksamkeit der Erklärung des Austrittes aus der einen Religionspartei ohne gleichzeitigen Beitritt zu einer anderen staatlich anerkannten Religionspartei die Fortdauer der Zugehörigkeit des Austretenden zu der Religionspartei, der er angehört hatte, unterstellt wurde. Die Auffassung des Pastors J.

[1] Vgl. Regierungsmotive zu §§. 4. 5 des Gesetzentwurfes, S. 437 der Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses in der Session 1872—1873; Kommissionsbericht über den Gesetzentwurf S. 1123 flg. derselben Anlagen; Rede des Abgeordneten Dr. Gneist als Berichterstatters bei der zweiten Beratung des Gesetzentwurfes Bd. 3 S. 1742 der stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses in der Session 1872—1873. — Vgl. ferner Hinschius, Die preuß. Kirchengesetze des Jahres 1873 S. 180 Anm. 2. D. E.

ist ohne Einfluß, da Thatsachen, welche die streitigen Lasten als dingliche erscheinen lassen könnten, nicht vorliegen. Dasselbe gilt von der im Berufungsurteile in Berücksichtigung gezogenen Auffassung der Verwaltungsbehörden.

Damit ist die Aufhebung des Berufungsurteiles geboten. In Ansehung des Pfarrgehaltszuschusses und der Pfarrhausbaulasten ist die Sache zur Entscheidung reif, welche dahin erfolgen muß, daß die gegen das landgerichtliche Urteil eingelegte Berufung zurückzuweisen ist. In Ansehung des Läutegeldes bedarf noch die von der Beklagten aufgestellte Behauptung, daß es eine Vergütung für die Bemühungen des läutenden Kirchenbeamten sei, der Erörterung. Die Sache ist also insoweit und in Ansehung der Kosten der Rechtsstreites an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

---

55. 1. Was ist unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte" im Schlußsatze des §. 16 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse zu verstehen?

2. Verhältnis des §. 246 A.L.R. II. 15 zu §. 16 des gedachten Gesetzes.

V. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1890 i. S. v. K. u. Fr. v. B. (Bekl.) w. L. A. (Kl.) Rep. V. 55/90.

I. Landgericht Allenstein.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Die Beklagten haben in dem aus dem Ganglauer See nach dem Allefluſſe führenden Wasserlaufe innerhalb ihres Gutes ein Stauwerk angelegt, um dadurch den Wasserstand des ihnen gehörigen Sees im Interesse der Fischzucht und der Wiesenkultur zu regulieren. Der Kläger, dessen im Jahre 1847 errichtete Mühle einen Teil ihres Betriebswassers aus dem Ganglauer See durch den gedachten Abfluß desselben erhält, hat auf Beseitigung der Stauanlage geklagt. Der erste Richter wies die Klage ab, das Berufungsgericht verurteilte die Beklagten nach dem Klagantrage.

Auf die Revision der Beklagten ist das erste Urteil wiederhergestellt worden aus folgenden

Gründen:

„Die Klage gründet sich auf die gesetzlichen Einschränkungen, welchen das Nutzungsrecht des Eigentümers am fließenden Wasser zu Gunsten vorhandener Mühlen unterworfen ist.

In dieser Beziehung kommen der §. 246 A.L.R. II. 15 und der §. 16 des Gesetzes, betreffend die Benutzung der Privatflüsse, vom 28. Februar 1843 in Betracht sowie das Verhältnis, in welchem dieselben zu einander stehen. Der §. 246 a. a. O. lautet:

„Einer schon vorhandenen Mühle darf der Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nötige Wasser fließt, dasselbe nicht entziehen (§. 3 I. 22)."

Dagegen bestimmt der §. 16 des angeführten Gesetzes:

„Gegen Anlagen, welche der Uferbesitzer zur Benutzung des Wassers in Gemäßheit des ihm nach §§. 1. 13 zustehenden Rechtes unternimmt, kommt den Besitzern der bei Publikation des gegenwärtigen Gesetzes rechtmäßig bestehenden Mühlen und anderer Triebwerke ein Widerspruchsrecht zu, wenn dadurch

a) ein auf speziellem Rechtstitel beruhendes Recht zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles desselben ($^1/_4$, $^1/_3$) beeinträchtigt oder

b) das zum Betriebe in dem bisherigen Umfange notwendige Wasser entzogen wird.

Wer künftig ein Triebwerk anlegt oder erweitert, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben, soll zu einem solchen Widerspruche nicht berechtigt sein."

Die Vorderrichter stimmen darin überein, daß der erst im Jahre 1847 errichteten Mühle des Klägers diese Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Februar 1843 nicht zu statten kommen, auch nicht der Schlußsatz des §. 16, weil dem Kläger ein ausdrücklich verliehenes Recht im Sinne dieser Vorschrift nicht zur Seite stehe. Die dem Vorbesitzer des Klägers seitens der Landespolizeibehörde erteilte Genehmigung zur Errichtung der Mühle könne als Verleihung eines Rechtes nicht angesehen werden.

Dem ist zuzustimmen. Die gegenteilige Auslegung,

vgl. Lette und v. Rönne, Landeskulturgesetzgebung S. 660; auch Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §. 255 Note 6 a. E.,

ist schon mit dem Wortlaute der Vorschrift schwer vereinbar; sie widerlegt sich aber auch aus dem Zusammenhange des Gesetzes und findet in dem Grunde und Zwecke des letzteren keine Unterstützung. Mit Recht hebt schon der erste Richter hervor, daß, wenn das Gesetz den nach seinem Inkrafttreten rechtmäßig (d. h. mit polizeilicher Genehmigung) errichteten Mühlen den gleichen Schutz gewähren wollte wie den zu dieser Zeit rechtmäßig bestehenden, der Gegensatz, in welchen der §. 16 a. a. O. die bereits bestehenden und die künftig zu errichtenden Triebwerke stellt, in Wahrheit gar nicht vorhanden, diese Gegenüberstellung also bedeutungslos sein würde. Es ist hinzuzufügen, daß auch an und für sich betrachtet der Schlußsatz des §. 16 a. a. O. dem Sinne nach eine andere Auslegung kaum gestattet. Denn, da schon zur Zeit des Erlasses des gedachten Gesetzes Mühlen und ähnliche Triebwerke ohne polizeiliche Genehmigung überhaupt nicht errichtet werden durften (§. 235 A.L.R. II. 15; §§. 5. 6 des Ediktes vom 28. Oktober 1810; Kabinetsorder vom 23. Oktober 1826), so mußte der Gesetzgeber davon ausgehen, daß auch künftig die Anlage und Erweiterung von Triebwerken, wovon im Schlußsatze des §. 16 die Rede ist, nur unter polizeilicher Genehmigung erfolgen werde. Dann muß aber unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte" etwas Anderes verstanden werden, als eben diese polizeiliche Genehmigung. Anderenfalls würde der Zwischensatz: „ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben" nicht, wie er sich sprachlich darstellt, eine Einschränkung des Hauptsatzes, sondern nahezu eine Aufhebung desselben ausdrücken. Hätte der Gesetzgeber nur die in Zukunft gesetzwidrig (d. h. ohne die vorgeschriebene polizeiliche Genehmigung) errichteten Triebwerke von dem den bereits rechtmäßig bestehenden Triebwerken gewährten Schutze ausschließen wollen, so würde er die Ausschließung der künftig anzulegenden Triebwerke nicht, wie geschehen, als Regel mit der durch den Zwischensatz ausgedrückten Ausnahme haben aussprechen können.

Daß das nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, darüber läßt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes keinen Zweifel. In dem Entwurfe des Gesetzes lautete der §. 16, wie folgt:

„Gegen Anlagen, welche der Uferbesitzer zur Benutzung des Wassers in Gemäßheit des ihm nach §§. 1. 13 zustehenden Rechtes unternimmt, kommt den Besitzern der bei Publikation des gegenwärtigen

Gesetzes rechtmäßig bestehenden Mühlen und anderer Triebwerke ein Widerspruchsrecht zu, wenn dadurch

a) ein ausdrücklich verliehenes Recht zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles desselben ($^1/_4$, $^1/_3$) beeinträchtigt,

b) das zum Betriebe in dem bisherigen Umfange notwendige Wasser entzogen wird.

Wer künftig ein Triebwerk anlegt oder erweitert, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht (lit. a) zu haben, soll deshalb zu einem solchen Widerspruch nicht berechtigt sein."

Nach dieser Fassung ist es klar, was unter einem ausdrücklich verliehenen Rechte im Schlußsatze dieses Paragraphen verstanden worden ist, nämlich das unter lit. a bezeichnete Recht zur Wasserbenutzung in einem durch Verleihung fest bestimmten Umfange. Nur in diesem Falle sollte den künftig angelegten Triebwerken der Schutz des Gesetzes zu teil werden, nicht aber schon dann, wenn sie gesetzmäßig, d. h. unter polizeilicher Genehmigung, errichtet waren. Diese Absicht des Gesetzgebers ist auch in der Denkschrift zu dem Gesetzentwurfe (abgedruckt in der Beilage zur Allg. Preuß. Staatszeitung für 1842 Nr. 303) dahin ausgesprochen:

„Ein Widerspruchsrecht gegen Bewässerungsanlagen muß dem Besitzer von Mühlen und anderen Triebwerken allerdings dann zugestanden werden, wenn er die Beeinträchtigung eines ausdrücklich verliehenen Rechtes zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles desselben ($^1/_4$, $^1/_3$ ꝛc) nachweist. Mit Ausnahme dieses Falles kann sein Widerspruch nur insoweit berücksichtigt werden, als der bisherige Umfang seines Gewerbebetriebes durch die Bewässerungsanlage beeinträchtigt wird. Nach Publikation des Entwurfes kann das Recht des Uferbesitzers, wie das Recht es anerkennt und in seinem Umfange feststellt, durch die Anlegung neuer Triebwerke — den Fall ausdrücklicher Verleihung ausgenommen — nicht beeinträchtigt werden."

Wenn nun in dem Gesetze eine Abänderung des Entwurfes dahin erfolgte, daß unter lit. a an Stelle der Worte: „ein ausdrücklich verliehenes Recht" gesetzt wurde: „ein auf speziellem Rechtstitel beruhendes Recht", so mußte zwar in dem Schlußsatze das Allegat lit. a

wegfallen, im übrigen aber wurde in dem Sinne des letzteren und des darin enthaltenen Ausdruckes: „ein ausdrücklich verliehenes Recht" nichts geändert.

Es läßt sich nicht verkennen, daß der gedachte Ausdruck in Anwendung auf die nach Emanation des Gesetzes von 1843 errichteten Triebwerke nicht völlig klar erscheint.

Vgl. Lette, Die Gesetzgebung über Benutzung der Privatflüsse S. 43. Soviel erhellt aber, daß darunter etwas Anderes und mehr verstanden sein muß als die für alle Triebwerke erforderliche polizeiliche Genehmigung. Hierfür spricht auch die allgemeine Tendenz des Gesetzes, welche, wie in der erwähnten Denkschrift dargelegt ist, dahin geht, die landwirtschaftliche Benutzung des fließenden Wassers zu befördern und dieselbe, soweit nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen, von den Hemmnissen zu befreien, welche die landrechtliche Gesetzgebung (§. 99 I. 8, §. 246 II. 15) ihr bereitete. Mit dieser — seiner Zeit (und auch noch später) ebenso lebhaft angegriffenen, wie andererseits verteidigten —

vgl. Sitze, Beleuchtung der Denkschrift und des Gesetzentwurfes über Benutzung der Privatflüsse, Berlin 1843; Baumert, Die Unzulänglichkeit der bestehenden Wassergesetze, Berlin 1876; dagegen v. Wangenheim, Die befreite Undine, Berlin 1843) —

Tendenz erscheint die Annahme nicht vereinbar, daß das Gesetz den in Zukunft rechtmäßig (mit polizeilicher Genehmigung) errichteten Triebwerken die gleichen Befugnisse gegenüber den landwirtschaftlichen Bewässerungsanlagen hätte einräumen wollen, wie den damals bereits rechtmäßig bestehenden.

Von den erwähnten Schriftstellern spricht sich Baumert, Blatt 45 a. a. O., ausdrücklich dahin aus, daß die polizeiliche Genehmigung eines Triebwerkes kein Recht auf die Wasserbenutzung Anderen gegenüber gebe und jedenfalls nicht als ein ausdrücklich verliehenes Recht anzusehen sei. Dieselbe Anschauung ergiebt sich aus der Darstellung bei Lette a. a. O. S. 43 (im Gegensatze zu der oben angeführten Äußerung bei Lette und Rönne [Landeskulturgesetzgebung Bd. 2 S. 660 Anm. 2]).

Vgl. auch Nieberding, Wasserrecht 1. Ausg. S. 170; Scheele, Wasserrecht S. 49.

Es bleibt zu prüfen, in welchem Verhältnisse das Gesetz vom 28. Februar 1843 zu dem §. 246 A.L.R. II. 15 steht, und ob darnach der Mühlenbesitzer, dem §. 16 des erstgedachten Gesetzes nicht zur Seite steht, gegenüber den die Benutzung des Wassers bezweckenden Anlagen des oberliegenden Nachbars auf den §. 246 a. a. O. sich berufen kann. Der Berufungsrichter hat angenommen, daß der §. 246 a. a. O., als eine „für das Verhältnis der Mühlen zu ihren Nachbarn gegebene Spezialvorschrift" durch das Gesetz vom 28. Februar 1843, „welches in §§. 16. 17 nur von den Rechten der Mühlen gegenüber den Uferbesitzern, die nicht notwendig Nachbarn zu sein brauchen", handle, gar nicht berührt sei, und er hat demgemäß den §. 246 zu Gunsten des Klägers gegen die Beklagten, deren Gut mit dem Mühlengrundstücke des Klägers grenzt, in Anwendung gebracht. Der Berufungsrichter geht also offenbar davon aus, daß der §. 246 nur auf den Fall unmittelbarer Grenznachbarschaft Anwendung finde, und sieht hierin den Unterschied gegenüber dem Gesetze von 1843. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Schon der Ausgangspunkt ist ein unrichtiger, weil die Anwendung des §. 246, soweit sie stattfindet, nach dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht auf den Fall, wo die beteiligten Grundstücke nnmittelbar aneinanderstoßen, beschränkt werden kann.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht 4. Aufl. Bd. 1 S. 650 Note 6.

Zu einer derartigen Beschränkung bietet auch der Wortlaut des §. 246 keinen genügenden Grund. Außerdem ist aber auch die Begründung des Berufungsrichters in sich nicht schlüssig. Denn, wenn die Uferbesitzer, von denen §§. 16. 17 des Gesetzes von 1843 handeln, nicht notwendig Nachbarn (d. h. im Sinne des Berufungsrichters unmittelbare Grenznachbarn) zu sein brauchen, so können sie es doch sein, und es würde sich dann doch immer die vom Berufungsrichter geleugnete Kollision zwischen den in Rede stehenden Gesetzen ergeben, in welcher natürlich nur das neuere Gesetz maßgebend sein kann.

Die Annahme des Berufungsrichters, daß der §. 246 a. a. O. von dem Gesetze vom 28. Februar 1843 unberührt geblieben sei, steht auch in Widerspruch mit der in der oben erwähnten Denkschrift dargelegten Tendenz des Gesetzes, wonach es gerade die Absicht gewesen ist, die „durch die ungenaue Fassung des §. 246" begünstigten

Widerspruchsrechte der Mühlenbesitzer gegen die landwirtschaftliche Wassernutzung durch Zurückführung auf bestimmtere Grundlagen zu beschränken.

Vgl. Lette und v. Rönne a. a. O. S. 661.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 28. Februar 1843 für eine praktische Anwendung des §. 246 a. a. O. überhaupt noch Raum geblieben ist; jedenfalls ist seine Anwendung ausgeschlossen, wenn es sich um eine solche Benutzung des Wassers und um solche diesem Zwecke dienende Anlagen handelt, welche die Grenzen der in §§. 1. 13 des Gesetzes dem Uferbesitzer gegebenen Befugnisse nicht überschreiten. In diesem Falle greifen lediglich die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Februar 1843 Platz.

Diese aber gewähren den erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes errichteten Triebwerken kein Widerspruchsrecht gegen neue Anlagen zur Wassernutzung, solange sich diese in den allgemeinen gesetzlichen Grenzen halten.

Vgl. Nieberding, Wasserrecht, bearbeitet von Frank, S. 259." ...

---

56. 1. Ist der §. 1 des Gesetzes über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 (G.S. S. 54) ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des §. 26 A.L.R. I. 6?

2. Kann ein Chausseedamm unter den Begriff der in dem §. 1 a. a. O. bezeichneten deichähnlichen Erhöhungen der Erdoberfläche fallen?

3. Bedurfte unter der Herrschaft des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 (§. 121) die Anlegung eines Chausseedammes, sofern darin eine Deichanlage zu erblicken war, neben der Genehmigung des Chausseebauprojektes durch die Landespolizeibehörde auch noch einer besonderen Genehmigung von seiten des Bezirksrates?

VI. Civilsenat. Urt. v. 23. Juni 1890 i. S. Provinzialverband der Provinz Ostpreußen (Bekl.) w. V. u. Gen. (Kl.) Rep. VI. 91/90.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Kläger verlangen von dem beklagten Provinzialverbande Ersatz des Schadens, welchen ihr in Sch. am Rußstrome belegenes Grundstück zufolge einer im Frühling 1886 erfolgten Überschwemmung des Rußstromes erlitten hat, indem sie behaupten, daß dieser Schaden durch eine von dem Beklagten in den Jahren 1879—1882 in dem Überschwemmungsgebiete des Rußstromes gebaute Chaussee verursacht sei, und daß der Beklagte diesen Bau ohne genügende Vorsichtsmaßregeln und ohne vorgängige Genehmigung der zuständigen Behörde zur Errichtung des das Abflußprofil des Hochwassers verengenden Chausseedammes ausgeführt habe.

In erster Instanz wurde der Beklagte zur Zahlung von 5206,25 ℳ nebst Zinsen verurteilt, und die von ihm hiergegen eingelegte Berufung ist zurückgewiesen.

Das Oberlandesgericht stützt seine Entscheidung hauptsächlich auf den §. 26 A.L.R. I. 6, weil der Beklagte bei dem Baue der fraglichen Chaussee die Bestimmungen des §. 1 des preußischen Deichgesetzes vom 28. Januar 1848 nicht beobachtet habe. Es sieht diesen Paragraphen als ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz an und führt sodann aus, daß der hier in Rede stehende, durch das Inundationsgebiet des Rußstromes gebaute Chausseedamm ein Deich im Sinne des Gesetzes, nämlich eine Erhöhung der Erdoberfläche sei, welche das Ausbreiten der zeitweise aus den Ufern des Rußstromes austretenden Gewässer beschränkt. Demzufolge habe der Damm nicht anders als mit ausdrücklicher Genehmigung der Regierung angelegt werden dürfen. Zur Zeit der Anlegung des Chausseedammes sei in Gemäßheit des §. 121 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 (G.S. S. 297) nicht mehr die Regierung, sondern der Bezirksrat die zur Erteilung der Genehmigung allein zuständige Behörde gewesen. Die Genehmigung des Bezirksrates aber sei weder eingeholt, noch erteilt und könne durch die unter dem 31. August 1879 von der Regierung, Abteilung des Inneren, zu Gumbinnen erteilte, landespolizeiliche Genehmigung zum Baue der Chaussee nach dem eingereichten Projekte nicht ersetzt werden. Danach müsse angenommen werden, daß der gesamte Schaden der Kläger durch den ohne die erforderliche Genehmigung angelegten Chausseedamm herbeigeführt sei, da der Beklagte einen Gegenbeweis dahin, daß auch durch Beobachtung des

Polizeigesetzes der Schaden nicht vermieden sein würde, nicht einmal angetreten habe.

Durch diese Ausführungen soll nach der Behauptung des Revisionsklägers gegen §. 259 C.P.O., §. 26 A.L.R. I. 6 und §. 1 des Deichgesetzes vom 28. Januar 1848 verstoßen sein. Eine Verletzung dieser Gesetzesvorschriften läßt sich indessen nicht erkennen.

Zuzugeben ist der Revision, daß eine Landstraße oder Chaussee an und für sich nicht die Eigenschaft eines Deiches im gesetzlichen Sinne hat, und daß die landespolizeiliche Genehmigung zu ihrer Herstellung speziellen Vorschriften unterliegt, welche nach den Feststellungen des Vorderrichters hier beobachtet zu sein scheinen. Allein hiervon unabhängig ist die Frage, ob unter der Herrschaft des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 die Regierung zu Gumbinnen durch die Erteilung der Genehmigung zur Herstellung der Chaussee zugleich die neuen Deichanlagen, welche für die Herstellung der Chaussee projektiert waren, genehmigt hat und mit rechtlicher Wirksamkeit genehmigen konnte. Diese Frage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint.

Nach §. 1 des Deichgesetzes vom 28. Januar 1848 dürfen Deiche oder ähnliche Erhöhungen der Erdoberfläche, welche die Ausbreitung der zeitweise aus ihren Ufern tretenden Gewässer beschränken, in der ganzen Breite, welche das Wasser bei der höchsten Überschwemmung einnimmt (Inundationsgebiet), nicht anders als mit ausdrücklicher Genehmigung der Regierung neu angelegt werden. Daß der vom Beklagten im Inundationsgebiete des Rußstromes gebaute Chausseedamm unter den Begriff der hier bezeichneten deichähnlichen Erhöhungen der Erdoberfläche fällt, erscheint auf Grund der vorliegenden Feststellungen unbedenklich, da es nach den Worten und der erkennbaren Absicht des Gesetzes hierbei nur darauf ankommt, daß die vorgenommene deichähnliche Erhöhung (Verwallung, Damm) eine Beschränkung der Ausbreitung der Gewässer zur Folge hatte, ohne Rücksicht darauf, ob diese Folge beabsichtigt war oder nicht.

Vgl. Johow, Jahrbuch der Entsch. des preuß. Kammergerichtes Bd. 5 S. 341 und Rheinisches Archiv Bd. 55 S. 10, sowie Nieberding's Wasserrecht und Wasserpolizei 2. Aufl. S. 403–406.

Solange nun eine und dieselbe Behörde den Bau von Chausseen und die Anlegung von Deichen zu genehmigen hatte, konnte vielleicht in der Genehmigung eines Chausseeprojektes ohne weiteres auch die

Genehmigung der zur Ausführung dieses Projektes erforderlichen Deichanlagen gefunden werden. Wesentlich anders gestaltete sich aber die Sache, nachdem der §. 121 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 die Beschlußfassung über die Genehmigung für neue Deichanlagen den Regierungen entzogen und dem nach Maßgabe des §. 67 der Provinzialordnung vom 29. Juni 1875 (G.S. S. 335) aus Berufs- und Ehrenbeamten zusammengesetzten Bezirksrate zugewiesen hatte. Wohl läßt sich vermuten, daß die Landespolizeibehörde auch nach dem Inkrafttreten des §. 121 a. a. O. bei der Beschlußfassung über die Genehmigung eines Chausseebauprojektes geprüft haben wird, ob für die Anlieger eine Gefahr dadurch entstehen kann, daß der Chausseedamm eine Stauung des Wasserabflusses ermöglicht. Indessen mit der Prüfung dieser Frage durch die Landespolizeibehörde und mit der danach erfolgten Genehmigung des Chausseebaues wurde nunmehr der Vorschrift des §. 1 des Deichgesetzes nicht genügt. Vielmehr bedurfte die Anlegung des Chausseedammes, sofern dieser sich als eine Deichanlage im Sinne der §§. 1—3 des Deichgesetzes und des §. 121 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 darstellte, neben der Genehmigung des Chausseebauprojektes durch die Landespolizeibehörde einer besonderen und ausdrücklichen Genehmigung von seiten des Bezirksrates. Nur der Bezirksrat war, solange das gedachte Zuständigkeitsgesetz Geltung hatte (vgl. jetzt §. 96 des neueren Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883, G.S. S. 237), gesetzlich berufen, gemäß §. 2 des Deichgesetzes in erheblicheren Fällen die Beteiligten zu hören und zur Anbringung ihrer Einwendungen aufzufordern, und nur er hatte nach §. 3 daselbst ein maßgebendes Urteil darüber zu fällen, ob durch die Deichanlage das notwendige Abflußprofil des Hochwassers beschränkt werden würde.

Von dem Revisionskläger wird nun zwar darauf hingewiesen, daß ein unlösbarer Konflikt entstehen könnte, wenn die Genehmigung für eine neue Deichanlage, welche zur Ausführung eines von der Landespolizeibehörde genehmigten Chausseebauprojektes nötig ist, von dem Bezirksrate oder nach der jetzigen Gesetzgebung von dem Bezirksausschusse verweigert würde. Allein die Möglichkeit eines solchen Konfliktes kann gewiß nicht dahin führen, die in §. 1 des Deichgesetzes besonders vorgeschriebene Genehmigung zu Deichanlagen für entbehrlich zu erklären. Derartige Konflikte sind in allen Fällen

denkbar, wo mehrere Behörden für dieselbe Anlage mit Rücksicht auf die verschiedenen dabei konkurrierenden Interessen ihre Genehmigung zu erteilen haben, sofern nicht das Gesetz selbst wegen einer von den Vertretern der verschiedenen Interessen gemeinsam zu erlassenden Entscheidung Vorkehrung getroffen hat. (Vgl. z. B. §. 30 des Reichsgesetzes, betreffend die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, vom 21. Dezember 1871 [R.G.Bl. S. 459].) Nach dieser Richtung findet sich in den Zuständigkeitsgesetzen für Deichanlagen, die mit einer anderweit genehmigten Unternehmung in Verbindung stehen, keine Bestimmung. Es ist jedoch auch hier durch den Abs. 2 des §. 121 des älteren und des §. 96 des neueren Zuständigkeitsgesetzes, wonach die Beschwerde gegen die Entscheidung des Bezirksrates, bezw. Bezirksausschusses an den Minister für Landwirtschaft ꝛc, stattfindet, dafür gesorgt, daß etwaige Konflikte bei der Genehmigung eine angemessene Lösung finden würden.

Vgl. auch Nieberding's Wasserrecht a. a. O. und das Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichtes vom 5. September 1878, Entsch. desselben Bd. 5 S. 324,

in welchem näher ausgeführt ist, daß es zur Ausführung eines an sich konsenspflichtigen Bauwerkes auch dann der ortspolizeilichen Genehmigung bedarf, wenn das Unternehmen von einer Staatsbehörde ausgeht und den Gegenstand desselben ein bereits ministeriell genehmigter Hochbau auf einem Eisenbahnhofe bildet,

sowie das Urteil desselben Gerichtes vom 25. Juni 1879, Entsch. desselben Bd. 5 S. 392, und dazu Eger, Handbuch des preuß. Eisenbahnrechtes S. 475 flg. 522.

Hat also der beklagte Provinzialverband im Inundationsgebiete des Rußstromes in den Jahren 1879—1882 einen Deich oder eine deichähnliche Erhöhung der Erdoberfläche der in §. 1 des Deichgesetzes bezeichneten Art ohne ausdrückliche Genehmigung des zuständigen Bezirksrates neu angelegt, wie dies vom Vorderrichter in unanfechtbarer Weise festgestellt ist, so hat er damit die Vorschrift des §. 1 a. a. O. vernachlässigt. Die Annahme, daß dieser Paragraph als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz anzusehen sei, läßt sich nicht beanstanden. Der gegenteiligen Ansicht des Revisionsklägers steht das in Bezug genommene Urteil des Reichsgerichtes vom 21. Dezember 1881,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 62,
keineswegs zur Seite. Wenn in diesem Urteile dem §. 120 Abs. 3 Gew.O. die Eigenschaft eines Polizeigesetzes deshalb abgesprochen ist, weil bei solchen Gesetzen regelmäßig eine ins einzelne gehende Anordnung und nicht bloß ein allgemeiner Grundsatz vorausgesetzt werde, so kann doch für den vorliegenden Fall kein Zweifel darüber bestehen, daß der §. 1 des Deichgesetzes, indem er für Deichanlagen die Genehmigung der Regierung erfordert, eine ganz spezielle Anordnung enthält, welche deutlich erkennen läßt, was der Unternehmer der Anlage zu thun und zu unterlassen hat." . . .

---

57. Ist ein Hypothekengläubiger, welcher im Zwangsversteigerungsverfahren bis zum Schlusse des Termines zur Belegung und Verteilung des Kaufgeldes dem im Teilungsplane berücksichtigten Liquidate eines vorstehenden Hypothekengläubigers nicht widersprochen hat, nachdem auf Widerspruch eines ihm nachstehenden Gläubigers eine Streitmasse gebildet ist, berechtigt, an dem über diese stattfindenden anderweiten Verteilungsverfahren teilzunehmen und aus der Streitmasse seine Befriedigung zu suchen?

Gesetz vom 13. Juli 1883, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, §. 113.

V. Civilsenat. Urt. v. 2. Juli 1890 i. S. Kl. (Bekl.) w. K. u. Gen. (Kl.) Rep. V. 67/90.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a./S.

Die Entscheidung ist unten unter „Prozeßrecht" Nr. 90 S. 420 abgedruckt.

---

58. Ist ein in der Ehe geborenes Kind, dessen Ehelichkeit von dem Ehemanne nicht angefochten wird, berechtigt, gegen den Ehemann eine auf Anfechtung der Ehelichkeit gerichtete Klage zu erheben?

A.L.R. II. 2 §§. 1—18.

IV. Civilsenat. Urt. v. 3. Juli 1890 i. S. K. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IV. 76/90.

I. Landgericht Insterburg.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Die in der am 15. Januar 1886 geschlossenen Ehe des Beklagten von dessen Ehefrau am 7. Juni desselben Jahres geborene Tochter hat durch ihren Vormund gegen den wegen Blödsinnes am 11. Oktober 1888 entmündigten, gleichfalls durch seinen Vormund vertretenen Beklagten mit dem Antrage geklagt, zu erkennen, daß sie nicht die Tochter des Beklagten sei. Beide Vorderrichter haben diese Klage für unzulässig erklärt. Das Reichsgericht hat die gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die zur Entscheidung vorliegende Frage, ob dem in der Ehe geborenen Kinde die sogenannte negative Filiationsklage zustehe, ist für einen nach gemeinem deutschen Rechte zu beurteilenden Fall vom Reichsgerichte bejaht worden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 18 S. 184.

Für das preußische Allgem. Landrecht ist umgekehrt die Frage durch das Obertribunal in dem Urteile vom 26. Juni 1837 verneint worden.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 2 S. 292. 300 flg.

Gegen diese Auffassung des Obertribunales wurde namentlich im Anfange in der Litteratur lebhaft angekämpft, wie die Zusammenstellung in den v. Rönne'schen Ergänzungen zum §. 1 A.L.R. II. 2 unter Nr. 5 ergiebt. Zu den dort aufgeführten Schriftstellern: v. Rönne (Juristische Wochenschrift von 1838 S. 405. 421); Gitzler (Eherecht S. 132); Schmidt (Familienrecht S. 486); Jacobi (Juristische Wochenschrift von 1845 S. 29; Rezension im Centralblatt von 1839 S. 118); Temme (Lehrbuch Bd. 2 S. 79); Koch (Beurteilung der ersten zehn Bände der Entsch. des Obertrib. S. 111, Kommentar zu §. 1 A.L.R. II. 2 Anm. 4); Förster (Theorie und Praxis 3. Aufl. Bd. 3 S. 600), kommen noch: Bornemann (System 2. Aufl. Bd. 5 S. 274); Fuchs (Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft S. 80 flg.). Dagegen haben sich der Ansicht des Obertribunales die Neueren überwiegend angeschlossen, nämlich Eccius (Preuß. Privatrecht 5. Aufl. Bd. 4 S. 126 Anm. 41); Dernburg (Preuß. Privatrecht 3. Aufl. Bd. 3 S. 140 Anm. 4); Fischer (Preuß. Privatrecht

S. 548); Stölzel (Väterliche Gewalt S. 8); Stobbe (Deutsches Privatrecht Bd. 4 §. 251 S. 315 flg.).

Auch die Motive zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches konstatieren, daß die Frage, ob das Kind anfechtungsberechtigt sei, von der preußischen Jurisprudenz überwiegend verneint werde, und rechtfertigen die in dem Entwurfe getroffenen, das Anfechtungsrecht nur des Ehemannes regelnden Bestimmungen mit der Rücksicht auf das in großen Gebieten des Deutschen Reiches, namentlich des preußischen und des französischen Rechtes, geltende Recht.

Vgl. Motive Bd. 4 S. 658 Abs. bis 660 a. E.

In der That liegt auch keine Veranlassung vor, von der bisher in der preußischen Praxis festgehaltenen Auffassung des vormaligen preußischen Obertribunales abzugehen. Die §§. 2—18 A.L.R. II. 2 handeln nur von dem Anfechtungsrechte des Ehemannes, der Verwandten des Ehemannes und der Lehns- und Fideikommißanwärter. Das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist in betreff der Beweislast (§§. 2—6) erheblich erschwert und in betreff der Frist (§§. 7. 8) erheblich beschränkt; das Anfechtungsrecht der Verwandten des Ehemannes ist von dem Anfechtungsrechte des Ehemannes so sehr abhängig, daß, wenn der Ehemann ausdrücklich oder stillschweigend (namentlich also auch infolge des Ablaufes der Frist) das Kind für das seinige anerkannt hat, die Verwandten des Ehemannes die Rechtmäßigkeit des Kindes nicht mehr anfechten können (§§. 14—16). Ebenso sind auch die Lehns- und Fideikommißanwärter nur innerhalb einer bestimmten Frist zur Ausübung ihres Anfechtungsrechtes befugt (§§. 17. 18). Weitere Bestimmungen über andere anfechtungsberechtigte Personen enthält das Gesetz nicht. Würde man daraus mit den Schriftstellern, welche sich gegen die Auffassung des Obertribunales ausgesprochen haben, entnehmen wollen, daß außer den im Gesetze genannten Personen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jeder, der ein Interesse an der Anfechtung habe, unbeschränkt zur Anfechtung berechtigt sei, so würde sich als das Ergebnis herausstellen, daß diese anderen angeblich anfechtungsberechtigten Personen den Beschränkungen des Ehemannes, der Verwandten des Ehemannes und der Lehns- und Fideikommißanwärter überall nicht unterworfen seien. Namentlich würden also die Verwandten der Ehefrau, in deren Familie das Kind nur als eheliches, nicht aber als uneheliches tritt (§. 639

a. a. O.), das Anfechtungsrecht zeitlich unbeschränkt und von dem Verhalten des Ehemannes unabhängig ausüben können, während die Verwandten des Ehemannes nur unter den gesetzlichen Beschränkungen der §§. 14—16 zur Anfechtung verstattet würden. Ebenso würden die Mutter und auch das Kind, unbeschränkt durch das Verhalten des Ehemannes und die Beweisvorschriften der §§. 2—6, innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit das Anfechtungsrecht geltend machen können. Einen solchen Widerspruch hat das Gesetz nicht zulassen können, umsoweniger als die vom Berufungsrichter mitgeteilten Materialien[1] zu den §§. 1—18 ausdrücklich darauf hinweisen, daß diese gesetzlichen Bestimmungen eine sichere Feststellung des Familienstandes bezwecken. Folgt man dagegen der Auffassung des Obertribunales, so ist in den §§. 1 flg. die Regel, daß die in der Ehe geborenen Kinder ehelich sind, als eine so feste hingestellt, daß, abgesehen von den Lehns- und Fideikommißanwärtern nur der Ehemann die Ehelichkeit anfechten darf, und sein Verhalten, weil es sich um die objektive Feststellung des status handelt, so entscheidend ist, daß, wenn er nicht anficht, die Ehelichkeit des Kindes allgemein feststeht. Zu Zweifeln könnte hierbei allerdings die Frage Anlaß geben, ob nicht das den Verwandten des Ehemannes unter den Bedingungen der §§. 14—16 gewährte Anfechtungsrecht unter denselben Bedingungen den mütterlichen Verwandten, der Mutter und dem Kinde zustehen soll. Allein im vorliegenden Falle kann die Entscheidung dieser Frage dahingestellt bleiben, da hier eine Anfechtung des im Juni 1886 geborenen Kindes seitens des erst am 11. Oktober 1888 entmündigten Ehemannes nicht erfolgt und somit das Anfechtungsrecht des Ehemannes schon vor der Erhebung der gegenwärtigen Anfechtungsklage des Kindes erloschen ist."

---

59. Bedarf es zur Aufhebung eines Erbvertrages unter Eheleuten durch gegenseitige Einwilligung, wenn die Frau im Verhältnisse gegen die ihr in dem Vertrage zugesicherten Rechte etwas verlieren soll, auf Seite der Frau einer zu gerichtlichem Protokolle unter Zuziehung eines Beistandes abgegebenen Erklärung?

A.L.R. II. 1 §§. 442. 198 flg.

---

[1] Vgl. v. Rönne, Ergänzungen zu §§. 1 flg. A.L.R. II. 2. D. E.

IV. Civilsenat. Urt. v. 7. Juli 1890 i. S. A. (Kl.) w. H. u. Gen. (Bekl.) Rep. IV. 82/90.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a./S.

Aus den Gründen:

„Der im Jahre 1887 verstorbene Kossat Heinrich A. hat mit der Klägerin, seiner nachmaligen Ehefrau, vor Eingehung der Ehe am 6. November 1850 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in welchem für den demnächst eingetretenen Fall der Kinderlosigkeit der Ehe ein jeder den anderen zum Erben eingesetzt hat. Am 8. Dezember 1886 haben die Eheleute darauf eine wechselseitige letztwillige Verordnung errichtet, welche sie dem Gerichte verschlossen übergeben haben, und in derselben unter anderweiter Regelung ihrer erbrechtlichen Verhältnisse die in dem Ehe- und Erbvertrage enthaltenen Bestimmungen von Todes wegen für aufgehoben und null und nichtig erklärt. Die Klägerin hat diesen Widerruf des Erbvertrages, weil er nicht gerichtlich unter Zuziehung eines Beistandes für sie aufgenommen sei, als ihr gegenüber rechtsunwirksam angefochten und ist gegen die Beklagten, welche als gesetzliche Miterben des Heinrich A. Ansprüche auf dessen Nachlaß erheben, dahin klagbar geworden, dieselben zu verurteilen, anzuerkennen, daß sie, die Klägerin, die alleinige Erbin ihres Ehemannes aus dem Ehe- und Erbvertrage vom 6. November 1850 geworden sei.

In erster Instanz ist verurteilend erkannt, in zweiter dagegen auf die beklagterseits eingelegte Berufung abändernd die Klage abgewiesen.

Der Berufungsrichter hat den Widerruf des Erbvertrages von seite der Klägerin an sich für anfechtbar, die Anfechtung aber gemäß §. 612 A.L.R. I. 12 für ausgeschlossen erachtet, weil die Klägerin ein in der letztwilligen Verordnung vom 8. Dezember 1886 zu Gunsten des Böttchermeisters Andreas A. ausgesetztes Vermächtnis von 2100 ℳ dem Bedachten ohne Vorbehalt gezahlt und damit die letztwillige Verordnung und folglich auch den in derselben erklärten Widerruf des Erbvertrages als gültig anerkannt habe.

Die Revision richtet sich gegen diesen Entscheidungsgrund, indem sie die Verletzung der bezeichneten Gesetzesvorschrift durch unrichtige

Anwendung rügt. Es kann jedoch unerörtert bleiben, ob die Rüge zutreffend ist, weil die angefochtene abweisende Entscheidung aus einem anderen Grunde sich als richtig darstellt, und deshalb die Revision versagen muß (§. 526 C.P.O.).

Der Annahme des Berufungsrichters, daß der Widerruf des Erbvertrages für die Klägerin nicht unbedingt rechtswirksam sei, ist nicht beizutreten. Wie der §. 442 A.L.R. II. 1 vorschreibt, muß, wenn Erbverträge unter Eheleuten durch gegenseitige Bewilligung wieder aufgehoben werden sollen, diese Einwilligung, sobald dabei die Frau im Verhältnisse gegen die in dem Vertrage ihr zugesicherten Rechte etwas verlieren soll, gerichtlich erklärt werden. Der Berufungsrichter, nach dessen Feststellung die Klägerin durch die letztwillige Verordnung im Verhältnisse zu den ihr im Erbvertrage eingeräumten Rechten ungünstiger gestellt ist, stützt sich auf diese Vorschrift, welche er unter Hinweis auf die §§. 198 flg. daselbst dahin auslegt, daß unter der „gerichtlichen Erklärung" eine zu gerichtlichem Protokolle unter Zuziehung eines Beistandes für die Frau abgegebene Erklärung zu verstehen sei, sodaß die Aufhebung des Erbvertrages durch die verschlossen übergebene letztwillige Verfügung nicht habe herbeigeführt werden können.

Der Hinweis auf die §§. 198 flg. a. a. O. geht jedoch fehl. Die letzteren setzen voraus, daß die Frau in stehender Ehe zu etwas, wozu sie die Gesetze nicht verpflichten, dem Manne oder zu dessen Vorteile verbindlich gemacht werden soll, nnd schreiben vor, daß alsdann der Vertrag oder die Verhandlung unter Zuziehung eines Beistandes für die Frau gerichtlich vollzogen werden müsse. Jene Voraussetzung trifft aber auf den Fall des §. 442, in welchem die Frau ihre Einwilligung in die Aufhebung des mit dem Manne geschlossenen Erbvertrages erklärt und damit, ohne eine Verpflichtung zu übernehmen, nur die Rechte aufgiebt, welche der Mann ihr durch den Vertrag für seinen Todesfall eingeräumt hat, nicht zu. Die wesentliche Verschiedenheit beider Fälle in Ansehung der aus der Erklärung der Frau für dieselbe sich ergebenden vermögensrechtlichen Folgen leuchtet ein: in dem einen Falle wird das Vermögen der Frau zu Gunsten des Mannes mit einer ihr gesetzlich nicht obliegenden Verpflichtung belastet, also in seinem realen Bestande verändert, in dem anderen Falle leistet die Frau nur Verzicht auf künftige Rechte, die der Mann ihr

auf seinen dereinstigen Nachlaß zugesichert hat. Es läßt sich nicht, ohne daß der §. 442 eine ausdrückliche Bezugnahme auf die §§. 198 flg. enthält, als die Absicht des Gesetzes erkennen, daß die Einwilligung der Frau im Sinne des §. 442 der gleichen strengen Formvorschrift unterworfen sein solle wie die Erklärung derselben im Falle der §§. 198 flg., in welchem die Frau im Interesse der Erhaltung ihres Vermögens zur Abwendung einer Beeinflussung ihrer Willensbestimmung durch den Mann eines besonders gesicherten Schutzes bedürftig ist. Unter der „gerichtlichen Erklärung" im Sinne des §. 442 kann daher nur eine vom Gesetze allgemein als solche anerkannte, im Gegensatze zur außergerichtlichen und formlosen Erklärung verstanden werden. Wird aber hiervon ausgegangen, so unterliegt es keinem begründeten Bedenken, daß, sofern, wie im vorliegenden Falle, der Widerruf des Erbvertrages im Wege einer letztwilligen Verfügung stattgefunden hat, dem Erfordernisse des §. 442 in Ansehung der Form auch dann Genüge geleistet ist, wenn die betreffende Verfügung auf dem Gerichte verschlossen niedergelegt ist. Denn das Gesetz (§§. 66 flg. A.L.R. I. 12) umfaßt mit der Bezeichnung eines „gerichtlichen Testamentes oder Kodizills" — im Gegensatze zu den außergerichtlichen letztwilligen Verordnungen, §§. 161 flg. ebenda — nicht nur ein solches, welches zum gerichtlichen Protokolle erklärt, sondern auch dasjenige, welches unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten dem Gerichte verschlossen zur Aufbewahrung übergeben ist. Daß auf die Verfügung vom 8. Dezember 1886 die Eigenschaften einer letztwilligen Verordnung der letzteren Art zutreffen, ist unbestritten, und da sonach die Klägerin ihre Einwilligung in die Aufhebung des Erbvertrages rechtswirksam erklärt hat, ergiebt sich die Hinfälligkeit der Klage."

---

60. Ist gegen denjenigen, welcher unter Verletzung der Vorschrift in §. 270 des preußischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 einen Kauflustigen vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung abgehalten hat, eine Klage auf Schadensersatz begründet? Voraussetzungen dieses Anspruches.

III. Civilsenat. Urt. v. 8. Juli 1890 i. S. M. (Bekl.) w. D. (Kl.) Rep. III. 67/90.

I. Landgericht Osnabrück.
II. Oberlandesgericht Celle.

Auf Antrag des Verwalters im Konkurse des Schmiedemeisters R. wurde die Zwangsversteigerung der dem Gemeinschuldner gehörigen Grundstücke angeordnet. Auf denselben ruhten, außer einem Erbenzins und Weinkaufe von jährlich 36 ℳ, fünf Hypothekenforderungen, nämlich 1000 ℳ für den Armenfonds in D., 1950 ℳ für Sch., 1500 ℳ für den jetzigen Kläger D., 1500 ℳ für U., 1800 ℳ für den jetzigen Beklagten M. Im ersten Verkaufstermine wurde das Mindestgebot auf 9189 ℳ festgesetzt, Beklagter erhielt für das Gebot von 9190 ℳ den Zuschlag. Der Gläubiger Sch. focht das Zuschlagsurteil an, dasselbe wurde vom Landgerichte zu O. aufgehoben und auf Antrag des Konkursverwalters das Zwangsversteigerungsverfahren fortgesetzt. Zu dem zweiten Versteigerungstermine, in welchem nur der Beklagte, der Gläubiger U., und ein Vertreter des Armenfonds zu D. erschienen waren, wurde auf Antrag des letzteren das Mindestgebot auf 1078 ℳ festgesetzt. Der Beklagte bot 2290 ℳ und erhielt den Zuschlag, sodaß der Kläger mit seiner Forderung ausfiel. Derselbe hat nun Klage gegen den Beklagten mit dem Antrage erhoben, denselben zu verurteilen, ihm den durch seine Nichtbefriedigung entstandenen Schaden zu erstatten. Der Kläger stützt seine Klage u. a. darauf, daß der Beklagte gegen die Vorschrift des §. 270 preuß. St.G.B. verstoßen habe, indem er den im Versteigerungstermine erschienenen Gläubiger U., welcher, wie ihm bekannt gewesen, die Absicht gehabt habe, auf das versteigerte Grundstück so weit zu bieten, als zur Deckung seiner, der Forderung des Klägers nachstehenden Forderung erforderlich gewesen sei, vom Mitbieten dadurch abgehalten habe, daß er demselben die Zahlung des vollen Betrages seiner Forderung nebst Zinsen gegen Abtretung der Forderung zugesichert habe.

Das Landgericht wies die Klage ab; das Oberlandesgericht verurteilte dagegen den Beklagten. Die von dem letzteren eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Mit Recht hat das Berufungsgericht die Ansicht des Landgerichtes, daß die vom Kläger erhobene Klage nach den Vorschriften des Gesetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung

in das unbewegliche Vermögen, unzulässig sei, verworfen, indem es darauf hinweist, daß die an sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegebene actio doli nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß nach dem erwähnten Gesetze die Anfechtung des Zuschlagsurteiles nur aus den im Gesetze hervorgehobenen Gründen und nur mit dem dort gegebenen Rechtsmittel erfolgen könne. Um die Anfechtung des Zuschlagsurteiles oder einer sonstigen im Zwangsversteigerungsverfahren ergangenen Entscheidung handelt es im vorliegenden Falle sich nicht, sondern darum, ob der Beklagte wegen seines angeblichen rechtswidrigen und dolosen Verhaltens im Versteigerungstermine dem Kläger schadensersatzpflichtig ist.

Eventuell weist das Landgericht die auf Verletzung der Vorschrift in §. 270 preuß. St.G.B. vom 14. April 1851 gestützte Klage ab, weil es an dem ursachlichen Zusammenhange zwischen der angeblichen That des Beklagten und der für den Kläger eingetretenen Schädigung fehle, da der schädigende Erfolg, trotz der angeblichen Verletzung des §. 270 a. a. O. nicht eingetreten sein würde, wenn der Kläger seine Interessen in dem Zwangsversteigerungsverfahren besser wahrgenommen hätte; weil der Kläger dieses unterlassen habe, sei diese Unterlassung die Ursache des eingetretenen Nachteiles. Wenn das Berufungsgericht diesen Abweisungsgrund als unzutreffend verwirft, weil die Kausalität zwischen zwei Ereignissen dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß das Dazwischenkommen eines dritten die Wirkung des ersten verhindert hätte, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken. Nach den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß der Verlust, welchen der Kläger bei dem in Rede stehenden Zwangsversteigerungsverfahren erlitten hat, dadurch bewirkt ist, daß U. seine Absicht, auf das zum Verkaufe gebrachte Grundstück des Gemeinschuldners mindestens so weit zu bieten, als es zur Deckung seiner Hypothekenforderung erforderlich war, aufgegeben hat. Denn führte U. diese Absicht aus, so würde die dem Kläger zustehende, der Forderung des U. vorgehende Hypothekenforderung vollständig zur Auszahlung gelangt sein. Da nun ferner festgestellt ist, daß der Beklagte den U. zum Aufgeben der Absicht, auf das Grundstück zu bieten, dadurch bewogen hat, daß er ihn im Versteigerungstermine zur Abtretung seiner Forderung gegen die Verpflichtung, deren Betrag vollständig zu bezahlen, veranlaßte, so kann

es nicht zweifelhaft sein, daß an sich ein ursachlicher Zusammenhang zwischen dieser Handlung des Beklagten und der Nichtbefriedigung des Klägers wegen seiner gedachten Hypothekenforderung, also dem vom Kläger erlittenen Schaden, dessen Ersatz er vom Beklagten fordert, besteht. Wenn es nun auch richtig ist, daß der Kläger diesen Schaden nicht erlitten haben würde, falls er in dem Zwangsversteigerungstermine erschienen und so weit auf das aufgesteckte Grundstück geboten hätte, als zur Deckung seiner Forderung erforderlich war, so wird doch dadurch der ursachliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Beklagten und dem eingetretenen Schaden des Klägers und die Haftbarkeit des Beklagten, vorausgesetzt, daß die sonstigen Bedingungen seiner Haftbarkeit, rechtswidriges, dolose Verhalten, ohne Rechtsverletzung vom Berufungsgerichte als gegeben angenommen sind, keineswegs ausgeschlossen, umsoweniger, als bei Lage der Sache nicht einmal angenommen werden kann, daß darin, daß der Kläger in dem zweiten Versteigerungstermine nicht erschienen ist, ein Verschulden desselben enthalten sei, und man nicht sagen kann, daß der ihn betroffene Schaden lediglich durch seine eigene Nachlässigkeit eingetreten sei.

Dem Berufungsgerichte ist ferner darin beizutreten, daß der §. 270 preuß. St.G.B. noch in Geltung sei, in welcher Beziehung auf die Ausführungen in dem Urteile des I. Strafsenates des Reichsgerichtes, abgedruckt in den Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 10 S. 221 flg., verwiesen wird.

Vgl. auch Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 18 S. 219.

Die Ausführung des Revisionsklägers, daß im Falle der Verletzung der Vorschrift in §. 270 a. a. O. dem geschädigten Gläubiger ein Schadensersatzanspruch gegen denjenigen, welcher einen Anderen vom Mitbieten abgehalten habe, nicht zustehe, da §. 270 nicht bestimmt sei, die Rechte der einzelnen Gläubiger zu schützen, sondern eine fiskalische Veranlassung habe, kann für zutreffend nicht erachtet werden. Die Vorschrift in § 270 a. a. O. hat den Zweck, zu verhüten, daß die Zwecke der öffentlichen Versteigerungen, die Interessen des Schuldners und der übrigen beteiligten Gläubiger an der Erlangung eines möglichst hohen, dem Werte der versteigerten Gegenstände entsprechenden Kaufpreises dadurch gefährdet und geschädigt werden, daß durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung von Vor-

teilen Kauflustige vom Mitbieten oder Weiterbieten abgehalten werden. Handelt jemand der Vorschrift des §. 270 entgegen mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung und ihres Dritte benachteiligenden Erfolges, so haftet er nach den hier maßgebenden Grundsätzen des gemeinen Rechtes dem Geschädigten für den Ersatz des Schadens. Ob im Gebiete des Allgem. preußischen Landrechtes eine solche Schadensersatzklage nicht gegeben, sondern nur ein Anspruch begründet sei auf den Vorteil, welcher dem vom Bieten Abgehaltenen gewährt oder versprochen worden, kann dahingestellt bleiben.[1]

Das Berufungsgericht hat aber weiter auch ohne Rechtsverletzung angenommen, daß der Beklagte gegen die Vorschrift in §. 270 a. a. O. verstoßen habe, und daß die Voraussetzungen der actio doli vorliegen.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Beklagte den U. von dem Mitbieten in dem fraglichen Versteigerungstermine durch die Zusicherung eines Vorteiles abgehalten habe, indem der Beklagte den U. zum Aufgeben seiner Absicht zu bieten, dadurch veranlaßt habe, daß er ihm seine volle Forderung nebst Zinsen gegen deren Abtretung auszuzahlen versprochen habe. Diese Annahme wird nicht schon dadurch zu einer unrichtigen und rechtsverletzenden, wie der Revisionskläger ausführt, daß der Beklagte berechtigt war, die Forderung des ihm vorstehenden Hypothekengläubigers zu erwerben, und daß er also, indem er den U. bewog, ihm gegen Zahlung der Valuta nebst Zinsen seine Forderung abzutreten, nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch gemacht habe. Der §. 270 St.G.B. verbietet unter Strafandrohung, einen Anderen durch Gewährung oder Zusicherung eines Vorteiles vom Mitbieten ꝛc bei öffentlichen Versteigerungen abzuhalten. Lag in der Zahlung des vollen Betrages seiner Forderung nebst Zinsen an U. bezw. in dem Versprechen dieser Zahlung gegen Abtretung der Forderung bei Lage der Sache ein Vorteil für den Gläubiger U., so durfte der Beklagte von dem ihm zustehenden Rechte nicht zu dem Zwecke im Versteigerungstermine Gebrauch machen, den U. vom Mitbieten abzuhalten; zu diesem verbotenen Zwecke aber hat der Beklagte die Forderung des U. gegen das Versprechen vollständiger Befriedigung erworben.

---

[1] Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 26 S. 246; Striethorst, Archiv Bd. 11 S. 143. D. E.

Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichtes, daß in dem Versprechen des Beklagten, dem U. den vollen Betrag seiner Hypothekenforderung nebst Zinsen zu bezahlen, die Zusicherung eines Vorteiles im Sinne des §. 270 a. a. O. enthalten sei, beruht nicht auf der Verletzung dieses Gesetzes. Diese Annahme wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte dem U. nur Zahlung des Betrages seiner Forderung nebst Zinsen, also nur desjenigen Betrages zugesichert hat, welchen U. zu fordern hatte. Denn damit die Gewährung oder Zusicherung eines Vorteiles im Sinne des §. 270 angenommen werden kann, ist keineswegs unbedingt erforderlich, daß dem vom Mitbieten Abgehaltenen mehr zugesichert oder gewährt werde, als er zu fordern hat, es kann vielmehr schon in der Gewährung oder in der Zusicherung der vollständigen Befriedigung eines bei einer Zwangsversteigerung beteiligten Hypothekengläubigers wegen seiner Forderung die Zusicherung oder Gewährung eines Vorteiles im Sinne des §. 270 preuß. St.G.B. enthalten sein. Die Frage, ob im einzelnen Falle die Zusicherung, dem Gläubiger den vollen Betrag seiner Forderung nebst Zinsen gegen Abtretung der Forderung zahlen zu wollen, ob also eine Abmachung, wie sie im vorliegenden Falle zwischen dem Beklagten und U. getroffen worden ist, die Zusicherung eines Vorteiles enthält, hängt nicht sowohl von rechtlichen, als von thatsächlichen Erwägungen ab. Es kommen dabei wesentlich einerseits der Wert des versteigerten Grundstückes sowie die Frage in Betracht, ob es in ökonomischer Beziehung für den Gläubiger nicht vorteilhafter ist, seine Forderung sofort vollständig ausbezahlt zu erhalten, als ein, noch dazu von seinem Wohnorte entlegenes Grundstück zu erwerben, andererseits, sofern die Auszahlung der Forderung nicht bar erfolgt, inwieweit der Übernehmer der Forderung genügende Sicherheit für die Zahlung der ihm abgetretenen Forderung gewährt. Im vorliegenden Falle stellt aber das Berufungsgericht fest, daß das vom Beklagten dem U. gemachte Angebot, ihm gegen völlige Befriedigung wegen Kapitals und Zinsen seine Forderung abzutreten, dem U. habe vorteilhaft erscheinen, auch thatsächlich als vorteilhaft habe angesehen werden müssen, weil U. dem Beklagten ausdrücklich erklärt habe, daß er nicht beabsichtige, das Grundstück zu erwerben oder dessen Wert auszubieten, sondern lediglich sich wegen seiner Forderung zu decken, und weil U. durch die mit dem Beklagten getroffene Vereinbarung

von der Aussicht befreit worden sei, an dem Grundstücke hängen zu bleiben. Das Berufungsgericht folgert also aus den konkreten, thatsächlichen Verhältnissen, daß für den U. die Abtretung seiner Forderung an den Beklagten gegen Zahlung der vollen Valuta vorteilhafter gewesen sei, als das aufgesteckte Grundstück zu erwerben. Darauf, ob die Forderung des U. gefährdet gewesen sei, kann es nicht, wie der Revisionskläger meint, entscheidend ankommen. Auch wenn dieses nicht der Fall ist, kann aus den angegebenen Gründen unter Umständen es für den Gläubiger erheblich vorteilhafter sein, den vollen Betrag seiner Forderung nebst Zinsen sofort gezahlt zu erhalten, als ein Grundstück, welches seinem Werte nach noch Deckung für die Forderung des Gläubigers bietet, erwerben zu müssen.

Ebensowenig erscheinen die weiteren Ausführungen des Revisionsklägers von entscheidender Bedeutung gegenüber der erwähnten Annahme des Berufungsgerichtes. Da nichts dafür vorliegt, daß die Befriedigung des U. wegen der dem Beklagten abgetretenen Forderung irgend gefährdet gewesen sei, Beklagter vielmehr nach der Behauptung des Klägers völlig solvent ist, so kann bei Beurteilung der Frage, ob die zwischen dem Beklagten und U. getroffene Vereinbarung für diesen vorteilhaft gewesen sei, nicht darauf Gewicht gelegt werden, daß U., falls Beklagter das Grundstück bis zum Betrage seiner Forderung ausgeboten hätte, eine doppelte Sicherheit erlangt und ebensowenig darauf, daß er Ersatz für seine, keinesfalls bedeutenden Reisekosten zum Versteigerungstermine erhalten haben würde.

Da somit das Berufungsgericht ohne Rechtsverletzung angenommen hat, daß der Beklagte durch das mehrerwähnte Verhalten im Versteigerungstermine die Vorschrift in §. 270 St.G.B. verletzt, also einer *rechtswidrigen* Handlung sich schuldig gemacht habe, da ferner festgestellt ist, daß der Beklagte der vollen Tragweite seiner Handlung, *des den Kläger schädigenden Erfolges seiner Handlung sich bewußt gewesen* sei, so liegen die Voraussetzungen der actio doli und damit der Verurteilung des Beklagten zum Ersatze des dem Kläger durch sein *bewußt rechtswidriges* Handeln verursachten Schadens vor."

61. Findet die Vorschrift des §. 388 A.L.R. I. 5 bei der Aufhebung eines Vertrages über Handlungen Anwendung?

VI. Civilsenat. Urt. v. 10. Juli 1890 i. S. Sch. (Kl.) w. Ostpreußische Viehversicherungsgesellschaft (Bekl.). Rep. VI. 113/90.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Kläger wurde von der beklagten Gesellschaft mittels schriftlichen Vertrages vom 15. April 1885 auf fünf Jahre als Kassierer angenommen, aus dieser Stellung jedoch schon am 10. Juli 1886 entlassen. Er erachtet die Entlassung für ungerechtfertigt und beansprucht im gegenwärtigen Prozesse unter anderem das ihm kontraktlich zugesicherte Gehalt auf die Zeit von März bis September 1887 mit zusammen 1050 ℳ nebst Zinsen.

In erster Instanz wurde er mit diesem Anspruche abgewiesen und auf die Widerklage der Beklagten verurteilt, anzuerkennen, daß der Vertrag vom 15. April 1885 seit dem 1. August 1887 aufgehoben sei, und ihm seit diesem Tage keine Gehaltsansprüche aus dem bezeichneten Vertrage gegen die Beklagte zustehen.

Seine Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen, indem es annimmt, die Parteien seien am 10. April 1886 durch mündliche, aber im Hinblick auf §. 408 A.L.R. I. 5 zur Aufhebung des Vertrages genügende Erklärungen des Klägers und des damaligen Direktors der Beklagten, Herzog, darüber einig geworden, daß jedenfalls mit dem 10. Juli 1886 das zwischen ihnen bestehende Vertrags- und Dienstverhältnis aufhören sollte. . . .

Der materielle Angriff, mit welchem eine Verletzung der §§. 388. 390 A.L.R. I. 5 behauptet wird, kann für begründet nicht erachtet werden.

Der dem Klaganspruche zu Grunde liegende Dienstvertrag gehört unbedenklich, wie auch der Revisionskläger anerkennt, im Sinne des Allgemeinen Landrechtes zu den Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind (§§. 869 flg. A.L.R. I. 11).

Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 60 S. 8.

Gemäß §. 408 A.L.R. I. 5 konnte demzufolge jeder der beiden Kon-

trahenten, wenn er behauptete, daß der andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe oder solchergestalt nicht leisten könne, auf seine Gefahr von dem Vertrage wieder abgehen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 232.

Nachdem nun die Beklagte am 10. Juli 1886 den Kläger aus seiner Stellung entlassen und im gegenwärtigen Prozesse ihren Rücktritt auch damit motiviert hat, daß der Kläger sich wiederholt grober Fahrlässigkeiten in seinem Dienste schuldig gemacht habe, könnte vorab die Frage aufgeworfen werden, ob nicht der Anspruch auf Zahlung des kontraktlichen Gehaltes schon nach der Vorschrift der §§. 408 flg. a. a. O. ohne weiteres als unbegründet zurückzuweisen sei. Will man aber auch in der Gehaltsforderung des Klägers mindestens eventuell einen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Dienstentlassung erblicken, und danach die erhobene Klage an sich für zulässig halten,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s. Bd. 17 S. 221; Striethorst, Archiv Bd. 89 S. 22,

so muß doch auch von diesem Standpunkte aus dem Anspruche die Anerkennung versagt werden, weil dem Vorderrichter darin beizupflichten ist, daß die festgestellte Willenseinigung der Parteien trotz des Mangels der schriftlichen Form zur Aufhebung des Vertrages mit dem 10. Juli 1886 ausreichte.

Der Vorwurf, es sei mit dieser Annahme gegen den §. 390 A.L.R. I. 5 verstoßen, trifft nicht zu. Denn dieser Paragraph findet im Gegensatze zu den §§. 385—387 und zu dem §. 388 a. a. O. nur da Anwendung, wo der Vertrag in seinen wesentlichen Teilen von beiden Seiten schon erfüllt ist, während im vorliegenden Falle die Erfüllung des von den Parteien auf fünf Jahre abgeschlossenen Vertrages am 10. April 1886 erst in verhältnismäßig geringem Umfange erfolgt war und zum größten Teile auf beiden Seiten noch ausstand.

Ebenso wenig liegt eine Verletzung des §. 388 A.L.R. I. 5 vor. In der preußischen Rechtsprechung ist angenommen, daß die §§. 385 flg. und insbesondere der §. 388 a. a. O. auf Verträge über Handlungen überhaupt keine Anwendung finden, weil bei diesen Verträgen nach dem §. 408 desselben Titels der einseitige Rücktritt durch formlose Erklärung oder Kündigung gestattet ist.

Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 69 S. 160.

Von dieser Praxis abzugehen, welcher sich u. a. auch Förster-Eccius (Preuß. Privatrecht, Bd. 1 S. 533 Anm. 27 a. E.) und Rehbein (Entsch. Bd. 1 S. 541) angeschlossen haben, liegt kein ausreichender Grund vor. Richtig ist freilich, daß mit dem einseitigen Rücktritte gemäß §. 408 a. a. O. der Vertrag nicht seinem ganzen Umfange nach beseitigt, vielmehr nur eine Umwandlung des Erfüllungsanspruches in einen Entschädigungsanspruch bewirkt wird. Indessen die §§. 385 flg. setzen nach ihrem Zusammenhange einen Vertrag voraus, dessen fernere Erfüllung, ohne das Dazwischentreten der Aufhebung durch wechselseitige Einwilligung, im Wege der Klage zu erzwingen gewesen wäre. Wo dagegen schon die einseitige mündliche Rücktrittserklärung eines der Kontrahenten den Wegfall der Klage auf Erfüllung zur Folge hat, da muß auch eine mündliche Annahme der Rücktrittserklärung für genügend erachtet werden, um den Vertrag gänzlich zur Aufhebung zu bringen und jeden Entschädigungsanspruch, welcher aus dem Rücktritte des anderen hergeleitet werden könnte, auszuschließen.

Vgl. auch Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 12 S. 163, Bd. 14 S. 192, Bd. 49 S. 35."

---

62. 1. **Begriff der Stadtkirche im Sinne des §. 740 A.L.R. II. 11.**
2. **Wodurch bestimmt sich, ob eine Ortschaft als Stadt anzusehen ist?**
3. **Inwieweit kann sich durch eine auf unrichtiger Gesetzesauslegung beruhende Übung eine Observanz bilden?**

IV. Civilsenat. Urt. v. 5. Juli 1890 i. S. v. T.-W. (Kl.) w. die katholische Kirchengemeinde zu Myslowitz (Bekl.). Rep. IV. 381/89.

I. Landgericht Beuthen.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Aus den Gründen:

„Der Kläger ist als Besitzer der Herrschaft Myslowitz Patron der in der Stadt gleichen Namens belegenen Pfarrkirche, zu welcher auch drei Dörfer und eine Kolonie eingepfarrt sind. Im gegenwärtigen

Prozesse streiten die Parteien über das Maß der Beitragspflicht des Klägers zu den Bau- und Unterhaltungskosten jener Kirche sowie der Pfarrgebäude. Während der Kläger nur den im §. 740 A.L.R. II. 11 für Stadtkirchen vorgeschriebenen Patronatsbeitrag von einem Dritteil der Kosten zu leisten schuldig sein will und den entsprechenden Feststellungsantrag gestellt hat, beansprucht die Beklagte den im §. 731 das. für Landkirchen normierten Beitrag von zwei Dritteilen, indem sie in erster Reihe der fraglichen Kirche wegen der überwiegenden Zahl der ländlichen Eingepfarrten die Eigenschaft einer Stadtkirche abspricht und eventuell sich zu Gunsten des von ihr behaupteten Beitragsverhältnisses auf Observanz beruft.

Der erste Richter hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt. Er hat angenommen, daß die fragliche Kirche mit Rücksicht auf das „soziale Übergewicht" der städtischen Gemeinde gegenwärtig als Stadtkirche anzusehen sei, wobei nichts darauf ankomme, ob dieselbe früher die Eigenschaft einer Landkirche gehabt habe, und daß sich, obwohl bisher der Kläger den Beitrag von zwei Dritteilen geleistet habe, eine dieser Übung entsprechende Observanz nicht gebildet habe, weil Myslowitz in der Zeit vom 26. April 1831 bis zum 30. März 1857 nicht eine Stadt, sondern nur ein Flecken gewesen sei, während dieses Zeitraumes mithin die gedachte Übung sich als Ausfluß des gesetzlichen Rechtes darstelle, die wenigen Übungsfälle aber aus der Zeit vorher und nachher zur Bildung einer dem Gesetze derogierenden Observanz nicht ausreichten. Auf die Berufung der Beklagten hat der Berufungsrichter abändernd auf Abweisung der Klage erkannt. Er läßt es unentschieden, ob die fragliche Kirche als Stadt- oder Landkirche im Sinne der angezogenen Vorschriften des Allgem. Landrechtes anzusehen sei, indem er die von der Beklagten behauptete Observanz für erwiesen erachtet. In letzterer Hinsicht beruht das Urteil auf den ausführlich begründeten Annahmen, 1. daß die Ortschaft Myslowitz bereits zur Zeit der Einführung des Allgem. Landrechtes eine Stadt gewesen sei und diese Eigenschäft durch Nichtverleihung der Städteordnungen von 1808 und 1831 nicht verloren habe; 2. daß, wenn dessenungeachtet der Kläger und dessen Vorbesitzer seit 1821 bis in die neueste Zeit in zahlreichen Fällen den für Landkirchen vorgeschriebenen Patronatsbeitrag von zwei Dritteilen geleistet hätten, dies nur mit Rücksicht auf die überwiegende Zahl der zur Kirche

eingepfarrten Landbevölkerung und im Bewußtsein einer hieraus entspringenden besonderen Verpflichtung in einem vom Gesetze nicht ausdrücklich normierten Verhältnisse geschehen sein könne, und daß demnach die Erfordernisse einer gültigen Observanz erfüllt seien.

Die gegen diese Entscheidung vom Kläger eingelegte Revision muß für begründet erachtet werden.

I. Sieht man von der seitens der Beklagten behaupteten und vom Berufungsrichter für erwiesen erachteten Observanz ab, so erscheint der Klagantrag begründet. Wie sowohl das vormalige preußische Obertribunal,

vgl. Entsch. dess. Bd. 54 S. 329 flg. und Bd. 69 S. 202 flg.,

als auch das Reichsgericht,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 216 flg.,

angenommen haben, hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Kirche im Sinne der §§. 714 flg. A.L.R. II. 11 als eine Stadtkirche oder als eine Landkirche anzusehen sei, von der örtlichen Lage der Kirche ab. Von dieser wohl begründeten Praxis abzuweichen, dazu bietet der gegenwärtige Fall umsoweniger Veranlassung, als hier ein sehr erheblicher Teil der Eingepfarrten zu den Einwohnern der Stadt Myslowitz gehört, mithin keiner der sicherlich sehr seltenen Ausnahmefälle vorliegt, aus welchen Hinschius in Koch's Kommentar zum Allgem. Landrechte (8. Aufl. Anm. 5 zu §. 714 a. a. O.) Argumente gegen den vorgedachten Grundsatz herleiten zu können glaubt. Keinesfalls kann die größere Zahl der eingepfarrten Stadt- oder Landbewohner für die fragliche Eigenschaft der Kirche maßgebend sein, weil hierdurch ein fortwährender Wechsel dieser Eigenschaft und der dadurch bedingten Kirchenbaupflicht ermöglicht werden würde, welcher nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann. Ebensowenig ist aus der vom ersten Richter betonten „sozialen" Bedeutung der Stadt- oder Landgemeinde ein sicherer Anhalt für die Beantwortung der vorliegenden Frage zu gewinnen, da diese schwer festzustellen und gleichfalls dem Wechsel unterworfen ist. Einen festen, auch dem Sprachgebrauche entsprechenden Unterscheidungsgrund vermag nur die örtliche Lage der Kirche abzugeben, wobei nach den Umständen des gegenwärtigen Falles dahingestellt bleiben kann, ob der aufgestellte Grundsatz auch dann Platz greift, wenn zu einer auf städtischem Gebiete belegenen Kirche nur Landbewohner oder — umgekehrt — zu einer auf dem Lande

belegenen Kirche nur Stadtbewohner eingepfarrt sind. Hat aber hiernach die in Frage stehende Kirche mindestens seit 1862 die Eigenschaft einer Stadtkirche gehabt, so regelt sich seitdem die gesetzliche Beitragspflicht des Patrons nach §. 740 A.L.R. II. 11, auch wenn diese Kirche vorher eine Landkirche gewesen sein sollte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s a. a. O., auch Striethorst, Archiv Bd. 93 S. 259 flg.

II. Was sodann die von der Beklagten eventuell behauptete Observanz anlangt, so hat sich solche nach der konstanten Praxis des Reichsgerichtes nicht durch eine Übung bilden können, welche sich lediglich als Übung wirklich oder nach der Meinung der Beteiligten bestehenden gesetzlichen Rechtes darstellt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 S. 184 flg., Bd. 12 S. 292 flg.; Urteil des R.G.'s vom 14. Oktober 1886, abgedruckt in Gruchot, Beiträge Bd. 31 S. 887 flg., besonders S. 893. 894.

Nach der nicht anfechtbaren Feststellung des Berufungsrichters ist von 1821 ab bis zu der im Jahre 1861 erfolgten Einführung der Städteordnung von 1853 in Myslowitz der Patronatsbeitrag von zwei Dritteilen der Baukosten ohne Widerspruch geleistet. Hierdurch soll sich nach der Annahme des Berufungsrichters schon bis zu der Einführung der Städteordnung eine dieser Übung entsprechende und gemäß §. 710 A.L.R. II. 11 auch für die Folgezeit maßgebende Observanz gebildet haben. Diese Annahme erweist sich indes aus folgenden Gründen als unhaltbar.

1. Die festgestellte Leistung des Zweidrittelbeitrages kann erfolgt sein entweder auf Grund des §. 731 A.L.R. II. 11, indem man die fragliche Kirche als Landkirche ansah, sei es weil zu jener Zeit Myslowitz in der That noch keine Stadt, sei es, weil zwar das Gegenteil der Fall war, man aber gleichwohl wegen der überwiegenden Zahl der eingepfarrten Landbewohner den §. 731 a. a. O. für maßgebend erachtete, oder unter Absehen von den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften auf Grund einer davon unabhängigen Rechtsüberzeugung der Beteiligten.

Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 31 S. 893.

Im ersteren Falle hat man gesetzliches Recht zur Anwendung gebracht oder doch anzuwenden gemeint, und es konnte daher nach obigem Grundsatze durch die entsprechende Übung eine Observanz als selb-

ständige Norm des objektiven Rechtes sich nicht bilden. Das Vorliegen des zweiten Falles aber hat der Berufungsrichter nicht festgestellt. Vielmehr hat er angenommen, daß, obgleich Myslowitz immer eine Stadt gewesen und als solche angesehen worden sei, der Patron trotz der ihm günstigen Vorschrift des §. 740 A.L.R. II. 11 im Bewußtsein einer besonderen Verpflichtung, welches in dem Übergewichte der eingepfarrten Landbevölkerung seine Grundlage gehabt, den höheren Beitrag geleistet habe, und daß in diesem Bewußtsein ein die Bildung einer Observanz ausschließender Irrtum nicht gefunden werden könne, weil das Allgem. Landrecht eine Bestimmung über die Baupflicht bei Kirchen mit gemischter Bevölkerung nicht enthalte, es sich mithin um die Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes im Wege der Observanz gehandelt habe, welche durch eine spätere abweichende Gesetzesauslegung seitens der höchsten Gerichtshöfe nicht rückgängig gemacht werden könne. Diese Ausführung verletzt das Gesetz. Das Allgem. Landrecht enthält eine Lücke in der erwähnten Hinsicht nicht, da es erschöpfende Vorschriften für Land- und Stadtkirchen giebt, und es Sache der Gesetzesauslegung ist, den Begriff der Land- und Stadtkirche und deren Unterscheidungsmerkmale festzustellen. Gingen die Patrone, wie seitens des Berufungsrichters angenommen wird, bei ihren Leistungen von der Rechtsauffassung aus, daß, wiewohl Myslowitz eine Stadt war, die daselbst belegene Kirche mit Rücksicht auf das Überwiegen der eingepfarrten Landbewohner als eine Landkirche im Sinne des §. 731 A.L.R. II. 11 anzusehen sei, so irrten sie im gesetzlichen Rechte, welches sie zu befolgen glaubten, und dieser Irrtum verhindert die Bildung einer dem wirklichen Gesetzesinhalte widersprechenden Observanz. Anders würde es sich verhalten, wenn der Patron, wiewohl er wußte, daß er nach §. 740 a. a. O. nur zum Beitrage von einem Dritteile verpflichtet sei, dennoch mit Rücksicht auf die überwiegende Landbevölkerung den Beitrag des §. 731 a. a. O. geleistet hätte. Allein so sind die betreffenden Ausführungen des Berufungsrichters, wenn man sie im Zusammenhange auffaßt, nicht zu verstehen, da sonst nicht von einer abweichenden Gesetzesauslegung der höchsten Gerichtshöfe oder von einer Lücke des Gesetzes die Rede sein könnte, welche durch die Observanz ausgefüllt sei. Es würde auch für eine Feststellung des obengedachten Inhaltes an jeder thatsächlichen Grundlage in den Parteibehauptungen und dem Ergebnisse des Urkunden-

beweises gefehlt haben. Bei der von den Behörden vorgenommenen Verteilung der Baukosten ist vielmehr fast regelmäßig auf das Landrecht oder die gesetzlichen Vorschriften Bezug genommen, und hierunter kann füglich nur der §. 731 A.L.R. II. 11 verstanden sein, welcher den Patronatsbeitrag für Landkirchen auf zwei Dritteile normiert. Von einer abweichenden Auffassung der Beteiligten und insbesondere des Patrones ergiebt der mitgeteilte Urkundeninhalt nichts, und eine Bezugnahme auf Observanz findet sich in der vorliegenden Hinsicht erst in dem Regierungsresolute vom 31. Mai 1868. Es hätte daher auch jene Feststellung von dem Berufungsrichter nicht ohne Verletzung prozessualer Rechtsnormen getroffen werden können.

2. Aber auch die Annahme des Berufungsrichters, daß Myslowitz schon vor Einführung der Städteordnung von 1853 stets eine Stadt gewesen sei und als solche gegolten habe, erscheint rechtsnormwidrig. Es mag sein, daß die Ortschaft Myslowitz in der Regel Stadt genannt ist, wiewohl die eigenen Ausführungen des Berufungsrichters sehr mannigfaltige und wechselnde Bezeichnungen ergeben, und daß sie auch manche Einrichtungen gehabt hat, welche regelmäßig nur in den Städten vorkommen. Allein entscheidend ist doch, wie Myslowitz in seinen staatlichen, kommunalen und überhaupt öffentlichrechtlichen Beziehungen, zu welchen auch die hier in Frage stehende gehört, von der zuständigen Staatsbehörde qualifiziert ist, und in dieser Hinsicht kann nach den Nachweisungen des Berufungsurteiles nicht füglich ein Zweifel darüber bestehen, daß, wie dies auch von Dr. Lustig (Geschichte der Stadt Myslowitz S. 261) bestätigt wird, Myslowitz vor Einführung der Städteordnung von 1853 zum „platten Lande" gerechnet, den Landgemeinden zugezählt worden ist. In diesem Sinne haben sich wiederholt, und ohne daß eine abweichende Auffassung ersichtlich ist, die Regierung, das Landratsamt und das Oberlandesgericht ausgesprochen, und ebenso haben die Gemeindevorstände von Myslowitz in den Jahren 1814 und 1845 gerade in bezug auf kirchenrechtliche Verhältnisse erklärt, daß Myslowitz, soviel ihnen bekannt, nicht zu den Städten, sondern zum platten Lande gehöre, und daß die Gemeinde „zu der katholischen Pfarrkirche und Pfarrei nach dem für Landgemeinden gesetzlichen Grundsatze kontribuabel sei". Damit stimmt überein, daß die Ortschaft Myslowitz weder die Städteordnung vom 19. November 1808, noch die revidierte Städteordnung

vom 17. März 1831, wiewohl die letztere durch Kabinetsorder vom 26. April 1831 (G.S. von 1832 S. 115) den zum provinzialständischen Verbande des Herzogtumes Schlesien, der Grafschaft Glatz und der Markgrafschaft Oberlausitz gehörenden Städten ohne Ausnahme verliehen ist, erhalten hat und auf dem Provinziallandtage der genannten Landesteile nicht im Stande der Städte, sondern in dem der Landgemeinden vertreten gewesen ist.

Vgl. Rauer, Ständische Gesetzgebung der preußischen Staaten N. F. Tl. 2 S. 43. 47. 48.

3. Mit Recht endlich wird von dem ersten Richter auch aus dem Umstande, daß der Gemeinde Myslowitz „auf Grund des Vorbehaltes im §. 1 der Städteordnung vom 30. Mai 1853", wonach in Ansehung derjenigen im Stande der Städte auf den Provinziallandtagen nicht vertretenen Ortschaften (Flecken), wo bisher weder eine der Städteordnungen von 1808 und 1831 gegolten, noch die ländliche Gemeindeverfassung bestanden hat, die nähere Festsetzung ihrer Gemeindeverhältnisse mit Berücksichtigung des Titels VIII der gedachten Städteordnung der Bestimmung des Königs nach Anhörung des Provinziallandtages vorbehalten geblieben ist, durch Königl. Verordnung vom 30. März 1857 ein besonderes „Gemeindestatut" erteilt ist, gefolgert, daß damals diese Ortschaft an maßgebender Stelle nicht als eigentliche Stadt, sondern als Flecken angesehen worden ist, wenngleich sie Stadt genannt wird.

War aus vorstehenden Gründen die Aufhebung des Berufungsurteiles geboten, so mußte in der Sache selbst die Berufung der Beklagten gegen das Urteil erster Instanz zurückgewiesen werden. Denn nach obigen Darlegungen erscheint der Klaganspruch nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften gerechtfertigt, und die Bildung einer abweichenden Observanz war vor dem Jahre 1862 ausgeschlossen, weil der geleistete Patronatsbeitrag bis zur Einführung der Städteordnung von 1853 in Myslowitz dem Gesetze entsprach. Nun hätte sich zwar durch die nach diesem Zeitpunkte fortgesetzte Leistung des nicht mehr gesetzlich gerechtfertigten höheren Beitrages eine von dem Gesetze abweichende Observanz bilden können.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 294; Gruchot, Beiträge Bd. 31 S. 893.

Allein eine dahingehende Behauptung hat die Beklagte selbst nicht

aufgestellt, und das durch die Beweisaufnahme ermittelte Thatsachenmaterial gewährt umsoweniger eine genügende Grundlage für eine solche Annahme, als der Kläger, welcher nach Einführung der Städteordnung in Myslowitz geltend gemacht hatte, daß er nur noch zu einem Betrage von einem Drittel der Baukosten verpflichtet sei, offensichtlich bloß durch das auf unzutreffenden rechtlichen Erwägungen beruhende Regierungsresolut vom 31. Mai 1868 veranlaßt ist, von der weiteren Verfolgung seines Widerspruches angesichts der immerhin zweifelhaften Vorschriften des Allgem. Landrechtes einstweilen Abstand zu nehmen. Für die zum Nachweise einer Observanz erforderliche Feststellung, daß der Kläger das, was von ihm auf Grund unrichtiger Gesetzesanwendung gefordert wurde, gleichwohl in der Überzeugung einer von dem gesetzlichen Rechte unabhängigen Verpflichtung geleistet habe, fehlt jede thatsächliche Unterlage, und es bedurfte daher nicht der Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz."

---

63. 1. Ist die in den §§. 380a flg. A.L.R. II. 2 geregelte privilegierte Disposition der Eltern bezüglich ihrer Kinder (dispositio parentum inter liberos) auch neben einem förmlichen Testamente zulässig?

2. Können durch eine solche die Erbteilsquoten abweichend von dem Gesetze oder einem förmlichen Testamente bestimmt werden?

IV. Civilsenat. Urt. v. 7. Juli 1890 i. S. E. E. (Bekl.) w. Geschwister E. (Kl.) Rep. IV. 81/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der am 11. November 1888 verstorbene Vater der Parteien, der Rentier E., hat mit seiner Ehefrau geb. Br., mit welcher er in beiderseits zweiter Ehe lebte, einen gerichtlich aufgenommenen Erbvertrag vom 20. Mai 1873 errichtet, in welchem jeder Ehegatte, die Frau gegen eine ihr ausgesetzte lebenslängliche Rente von jährlich 400 Thlr., auf den Nachlaß des anderen verzichtete und für den

Fall, daß er der Zuerstversterbende sein sollte, seine Kinder erster Ehe zu seinen Erben ernannte. Die von dem Ehemanne E., welcher zuerst verstorben ist, namentlich berufenen Erben sind die gegenwärtigen Prozeßparteien und deren Geschwister Gustav und Minna E.; bezüglich der letztgenannten ist jedoch im Erbvertrage bestimmt, daß sie nur den auf 1000 Thlr. festgesetzten Pflichtteil erhalten solle. Außerdem erklärte der Ehemann E. daselbst:

„Ich behalte mir vor, diese letztwillige Verordnung durch eigenhändige, auch nur unterschriebene Nachzettel abzuändern oder zu ergänzen. Selbstverständlich darf die meiner Ehefrau zugewendete Rente durch solche Nachzettel nicht berührt werden."

Sodann hat derselbe noch einen außergerichtlichen, von ihm eigenhändig ge- und unterschriebenen „Nachtrag" zu der letztwilligen Verordnung vom 20. Mai 1873 gemacht, in welchem er unter Anderem seinem Sohne Richard das Recht, das Nachlaßgrundstück Großbeerenstraße Nr. 19 zu Berlin für 56 000 Thlr. zu übernehmen, eingeräumt und ferner bestimmt hat:

„Meine Töchter Minna und Emilie sollen ein Pflichtteil erhalten, welches jedoch nicht unter 500 Thlr. sein soll, aber weiter keine Ansprüche an meinem Nachlasse haben."

In dem Nachlaßregulierungsverfahren haben die Kläger den Erbvertrag und den eben gedachten Nachtrag als rechtsbeständig anerkannt, und Minna E. hat sich durch Zahlung ihres auf 9600 ℳ berechneten Pflichtteiles für abgefunden erklärt. Dagegen hat Emilie E., die Beklagte, die in dem Nachtrage erfolgte Herabsetzung ihres Erbteiles auf den Pflichtteil, sowie das Recht des Richard E. auf Übernahme des Nachlaßgrundstückes für 56 000 Thlr. nicht anerkannt. Hierdurch sind die Kläger zur Erhebung der gegenwärtigen Klage veranlaßt, mittels welcher sie die Feststellung begehren, daß die Beklagte aus dem Nachlasse ihres Vaters nur den gesetzlichen Pflichtteil zu beanspruchen und in die Übereignung des Nachlaßgrundstückes an Richard E. für den Preis von 168 000 ℳ zu willigen habe. Die Beklagte hat nicht nur die Abweisung der Klage, sondern auch widerklagend die Feststellung ihres Anspruches auf den vollen gesetzlichen Erbteil gemäß dem Erbvertrage vom 20. Mai 1873 beantragt.

Der erste Richter hat den Nachtrag vom 5. Juni 1886, in welchem er eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende letztwillige Ver-

ordnung im Sinne des §. 380a A.L.R. II. 2 (dispositio parentum inter liberos) erblickt, für rechtsgültig erklärt und demgemäß die Beklagte unter Abweisung ihrer Widerklage nach dem Klagantrage verurteilt. Infolge ihrer Berufung ist dieses Urteil insoweit abgeändert, als sie zur Einwilligung in die Überlassung des Nachlaßgrundstückes an Richard E. nur gegen Zahlung ihres nach gerichtlicher Taxe des gedachten Grundstückes zu ermittelnden Pflichtteiles verurteilt ist; im übrigen ist die Berufung zurückgewiesen.

Die gegen diese Entscheidung von ihr eingelegte Revision ist nicht begründet.

Für den hauptsächlichen Streitpunkt, ob die Beklagte den vollen Erbteil aus dem Nachlasse ihres Vaters gemäß der letztwilligen Anordnung desselben vom 20. Mai 1873 beanspruchen dürfe oder sich mit dem Pflichtteile begnügen müsse, kommt es lediglich auf die Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 5. Juni 1886 an.

In dieser Beziehung geht der Berufungsrichter mit Recht davon aus, daß die in der Urkunde vom 20. Mai 1873 enthaltene Erbeseinsetzung der Parteien und ihrer Geschwister, welche dem Erbvertrage nicht mit Bewilligung der Kontrahenten beigetreten sind, nur die Kraft einer einseitigen letztwilligen Verfügung gehabt und daher von dem Erblasser auch ohne desfallsigen Vorbehalt im Vertrage jederzeit habe widerrufen oder abgeändert werden können (§. 646 A.L.R. I. 12),

vgl. Bornemann, System. Darstellung, 2. Ausg. Bd. 6 S. 148. 149; Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 385; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 3 (3. Aufl.) S. 508; Förster-Eccius, Theorie ꝛc 5. Aufl. Bd. 4 S. 298.

Es bedarf daher nicht der Beantwortung der von den Parteien und dem ersten Richter erörterten Frage, ob der oben mitgeteilte Vorbehalt von Nachzetteln nach dem Willen des Erblassers auch die Befugnis zur Errichtung anderer letztwilliger Verordnungen in sich schließe.

Im weiteren verwirft der Berufungsrichter die Aufstellung der Beklagten, daß der Erblasser im Anschlusse an den im Erbvertrage gemachten Vorbehalt nur einen Nachzettel im Sinne des §. 35 des

Anhanges zu §. 163 A.L.R. I. 12 habe errichten wollen und dies auch durch die Bezeichnung des Schriftstückes vom 5. Juni 1886 als „Nachtrages" zu dem Erbvertrage vom 23. Mai 1873 zu erkennen gegeben habe, und daß daher die Rechtsgültigkeit der getroffenen Anordnungen von diesem Gesichtspunkte aus zu beurteilen sei, aus den zutreffenden Gründen, daß die gedachte Verfügung wirklich ein Nachtrag zu der in dem Erbvertrage enthaltenen Erbeseinsetzung der Kinder sei, und daß es überdies für deren Rechtsgültigkeit nicht auf ihre Bezeichnung, sondern auf ihre Form und ihren Inhalt ankomme. Für die Frage, ob die hinsichtlich der Beklagten getroffene, nachträgliche Bestimmung rechtsgültig sei, ist in der That allein entscheidend, ob die für solche Bestimmung gesetzlich vorgeschriebene Form beobachtet ist, gleichgültig hingegen die Meinung des Erblassers über die rechtliche Natur der bezüglichen Urkunde und die ihr demgemäß gegebene Bezeichnung.

Vgl. §§. 3. 4 A.L.R. I. 12; Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 10 S. 124 flg., Bd. 76 S. 337 flg.

Ohne Rechtsirrtum hat der Berufungsrichter demzufolge im Einklange mit dem ersten Richter den Nachtrag vom 5. Juni 1886 seinem Inhalte entsprechend als eine Teilungsanordnung (dispositio parentum inter liberos) im Sinne der §§. 380a flg. A.L.R. II. 2 bezeichnet. Die von der Beklagten geltend gemachte Auffassung, daß eine solche nur neben der Intestaterbfolge und nicht neben einem förmlichen Testamente zulässig sei, findet in den angezogenen Gesetzesvorschriften nicht nur keine Stütze, sondern wird sogar durch §. 415 A.L.R. II. 2 widerlegt, wonach die in einem Testamente geschehene Enterbung eines Kindes durch eine den Erfordernissen der §§. 380a flg. a. a. O. genügende Verordnung widerrufen werden kann.

Vgl. auch §. 588 A.L.R. I. 12 u. Gruchot, Erbrecht Bd. 3 S. 99 flg. Jene Auffassung ist daher der preußischen Praxis fremd geblieben,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 76 S. 337 flg.,

wo aus derselben ein Zweifelsgrund nicht entnommen ist, und die neuere Doktrin hat sich durchgängig gegen sie erklärt.

Vgl. Bornemann, System. Darstellung 2. Ausg. Bd. 6 S. 46; Gruchot, Erbrecht Bd. 3 S. 84. 99 flg.; Koch, Erbrecht S. 622. 623, abweichend Anm. 55 Abs. 1 des Kommentars zum A.L.R. bei §. 380a a. a. O.; Förster-Eccius, a. a. O. S. 364.

Daß der fragliche Testamentsnachtrag von dem Erblasser eigenhändig ge- und unterschrieben, also der Formvorschrift des §. 380a a. a. O. genügt ist, ist außer Streit. Gleichwohl behauptet die Beklagte die Ungültigkeit der in bezug auf sie getroffenen Bestimmung, weil in einer derartigen privilegierten Disposition die Erbteilsquoten nicht geändert werden dürften, eine solche Änderung aber in ihrer Beschränkung auf den Pflichtteil zu finden sei. Den hierauf gegründeten Einwand, welcher zugleich die Grundlage der Widerklage enthält, erklärt der Berufungsrichter in erster Reihe mit der Ausführung für unbegründet, daß die auf die Töchter bezügliche Bestimmung des Nachtrages, welche oben wiedergegeben ist, dahin verstanden werden müsse, daß sie ein Quantum, nämlich eine in ihrem Betrage dem Pflichtteile entsprechende Geldsumme erhalten sollten, und daß daher der Erblasser mit jener Bestimmung eine Quotenteilung weder beabsichtigt noch erklärt, sondern lediglich den Betrag der diesen Töchtern zuzuweisenden Summe festgesetzt habe — eine Auslegung, welche auch der jetzt herrschenden Ansicht über die Natur des Pflichtteilsrechtes entspreche. — Allein selbst wenn diese Annahme unanfechtbar wäre, was dahingestellt bleiben kann, so erscheint sie zur Entkräftung der Deduktion der Beklagten nicht geeignet. Denn falls der Erblasser in dem Nachtrage vom 5. Juni 1886 der Beklagten anstatt der ihr in dem Erbvertrage beschiedenen Nachlaßquote nur eine dem Pflichtteile entsprechende Summe ausgesetzt hätte, so würde er hierdurch notwendig die Erbteilsquoten aller Kinder, insbesondere auch die der Beklagten, welche gänzlich in Wegfall kam, geändert haben. Es kommt daher doch immer auf die Entscheidung der Frage an, ob in der Form der privilegierten Verfügung der Eltern bezüglich ihrer Kinder in der That nur eine quantitative und nicht auch eine quotitative Teilung des Nachlasses gestattet ist. Und diese Frage hat der Berufungsrichter in einer weiteren Ausführung, welche einen zweiten selbständigen Entscheidungsgrund darstellt, im Anschlusse an Dernburg (a. a. O. S. 345) mit Recht verneint. Die von der Mehrzahl der Schriftsteller,

vgl. Bornemann, a. a. O. S. 46; Koch, Erbrecht S. 626; Gruchot, a. a. O. S. 84 flg.; Förster-Eccius, a. a. O. S. 363,

vertretene Gegenmeinung gründet sich vornehmlich auf die Annahme, daß von den beiden Formen privilegierter elterlicher Verfügungen,

welche das römische Recht kennt, das Allgemeine Landrecht nicht das testamentum, sondern nur die divisio parentum inter liberos übernommen habe, welche letztere allerdings Bestimmungen über das Erbrecht selbst nicht enthalten durfte. Diese Annahme ist indes weder durch äußere noch durch innere Gründe gerechtfertigt. Suarez spricht in der Revisio monitorum,

vgl. Koch, Kommentar zum Allgem. Landrechte Anm. 59 zu §. 380d II. 2,

nur von einer dispositio inter liberos und führt in seinen Vorträgen bei der Schlußrevision des Allgem. Landrechtes die in Frage stehenden letztwilligen Verordnungen nicht unter den Kodizillen, sondern als „testamenta parentum inter liberos" unter den privilegierten Testamenten auf. Das Allgem. Landrecht selbst bezeichnet sie in den §§. 383. 431 II. 2 als „privilegierte Disposition unter Kindern" und stellt sie neben die „wirklichen Testamente", und in §. 415 das. als „letztwillige Verordnung unter Kindern". Die einzigen vom Gesetze für sie aufgerichteten Schranken sind die, daß durch sie den Descendenten auch beim Vorhandensein gesetzlicher Enterbungsgründe nicht der Pflichtteil ganz oder teilweise entzogen, und in ihnen nicht etwas zu Gunsten Dritter verfügt werden darf (§§. 379. 391. 431. 381 das.). Schon hierdurch scheint klar ausgesprochen, daß eine ungleiche Bestimmung der Erbteile der Kinder nicht unstatthaft ist, und dies wird dann auch durch §. 383 das.:

„Eltern können durch letztwillige, entweder in der Form eines wirklichen Testamentes oder auch einer privilegierten Disposition abgefaßte Verordnungen ihren Nachlaß unter die Kinder ungleich verteilen,"

außer Zweifel gesetzt. Die gegnerische Meinung, daß hier nur an die quantitative Ungleichheit der Teilung gedacht sei, findet in den Worten des Gesetzes keine Stütze. Gegen dieselbe spricht vielmehr mit großem Gewichte, daß in dieser Beziehung die privilegierten Dispositionen mit den förmlichen Testamenten auf eine Stufe gestellt sind, was unrichtig oder doch in hohem Grade mißverständlich sein würde, wenn hinsichtlich der quotitativen Ungleichheit ein wesentlicher Unterschied zwischen jenen beiden Arten letztwilliger Verordnungen bestehen sollte. Ebensowenig folgt aus den Eingangsworten des §. 380a a. a. O.:

„Betrifft hingegen die Verordnung nur die Grundsätze oder die Art der Teilung unter den Kindern,"

der Wille des Gesetzes, den zulässigen Inhalt der privilegierten Disposition auf die Verteilung der einzelnen zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke einzuschränken. Auf solche ist allerdings der Ausdruck: „Art der Teilung" zu beziehen (vgl. §. 12 Ziff. 2 A.G.O. I. 46). Das Wort „Grundsätze" hingegen umfaßt in seiner gewöhnlichen Bedeutung auch die Bestimmung der Anteile (Quoten) der Kinder an dem Nachlasse als der vornehmlichsten Grundlage der reellen Teilung (vgl. §§. 3. 8 A.G.O. I. 46). Und dafür, daß dies auch vorliegend der Fall sei, spricht noch besonders der unmittelbare Zusammenhang des §. 380a mit dem die Wahrung der Pflichtteilsrechte (welche ebensowohl durch quotitative wie durch quantitative Verteilung verletzt werden können) sichernden §. 379, woraus der Gedanke des Gesetzgebers zu entnehmen ist, daß im übrigen der Erblasser in der Verteilung seines Nachlasses freie Hand haben solle. Ingleichen ergiebt sich aus dem oben allegierten §. 415 A.L.R. II. 2, wonach die in einem Testamente geschehene Enterbung in einer privilegierten elterlichen Disposition gültig widerrufen werden kann, daß in letzterer auch eine Änderung der gesetzlichen oder testamentarischen Erbquoten zulässig sein muß, weil der Widerruf der Enterbung regelmäßig eine Veränderung der sonst festgesetzten Erbquoten zur Folge hat. Endlich fehlt es auch an jedem inneren Grunde für die von der Gegenmeinung gemachte Unterscheidung, welche vielmehr zu unannehmbaren Konsequenzen führt. Während nämlich — worüber allseitiges Einverständnis herrscht — die Verletzung eines Pflichtteilsrechtes, mindestens sofern sie nicht beabsichtigt ist, nicht die Ungültigkeit der privilegierten Disposition zur Folge hat, sondern nur dem Verletzten den Anspruch auf Gewährung oder Ergänzung des Pflichtteiles giebt, würde nach der Gegenmeinung die Berufung des Pflichtteilsberechtigten zum Erben auf seine Pflichtteilsquote ungültig sein und ihm den Anspruch auf den Intestaterbteil eröffnen, im offenbaren Widerspruche mit den §§. 379. 431 II. 2. Das vormalige preußische Obertribunal hat denn auch konstant den hier vertretenen Standpunkt eingenommen und es demgemäß für zulässig erklärt, in einer privilegierten elterlichen Disposition ein Kind zum Universalerben zu ernennen und den anderen Kindern nur bestimmte Sachen oder Summen auszusetzen.

Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 42 S. 252 flg., Bd. 76

S. 337 flg.; Striethorst, Archiv Bd. 39 S. 270 flg., Bd. 48 S. 56 flg., Bd. 91 S. 79.

Wenn letzteres auch von Vertretern der Gegenmeinung gebilligt wird, vgl. Gruchot, a. a. O. S. 85 Anm. 1; Förster-Eccius, a. a. O. S. 363 Anm. 105,

so ist dies inkonsequent, da doch in der erwähnten Disposition zweifellos über das Erbrecht selbst verfügt und nicht nur eine quantitative Verteilung des Nachlasses vorgenommen ist. Der Versuch von Eccius (a. a. O.), die Befugnis zu solcher Disposition aus der, in §. 383 a. a. O. anerkannten Freiheit der Prälegate herzuleiten, erscheint verfehlt, da die nur auf bestimmte Sachen oder Summen eingesetzten Kinder im Verhältnisse zu dem zum Universalerben berufenen Kinde nur Legatare (nicht Prälegatare) sind (§. 263 A.L.R. I. 12)."

---

64. 1. Bewirkt die Umwandelung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft einen Wechsel des Rechtssubjektes?
2. Passive Succession im Falle der Übertragung eines Vermögensinbegriffes mit Aktiven und Passiven?

V. Civilsenat. Urt. v. 9. Juli 1890 i. S. M. (Kl.) w. die Bergwerksaktiengesellschaft „Hugo" (Bekl.). Rep. V. 76/90.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Dem Kläger ist nach seiner Behauptung von dem Markscheider H. B. ein auf dessen Namen ausgestellter Anteilschein über 21 Anteile der Bohrgesellschaft „Ewald Fortsetzung" durch schriftliche Erklärung und Aushändigung der Urkunde verpfändet worden. Diesen Anteilschein hat der Kläger angeblich infolge Aufforderung des Grubenvorstandes der Zeche „Hugo" — welche aus der genannten Bohrgesellschaft in Verbindung mit einer anderen Gesellschaft hervorgegangen war — dem Vorstandsmitgliede H. zum Zwecke der Umschreibung in Kuxscheine eingereicht, aber weder die neuen Kuxscheine, noch den eingereichten Anteilschein zurückerhalten. Im gegenwärtigen Prozesse klagt nun der Kläger auf Herausgabe des letzteren gegen die Bergwerks-

Aktiengesellschaft „Hugo", welche durch Vertrag vom 30. Mai 1881 an Stelle der Gewerkschaft der Zeche „Hugo", und zwar ausdrücklich in alle Rechte und Verbindlichkeiten derselben getreten sei.

In erster Instanz wurde die Beklagte zur Herausgabe des von dem Kläger zurückgeforderten Anteilscheines verurteilt, in zweiter Instanz der Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Auf seine Revision ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Der Berufungsrichter nimmt an, daß die Klage auf Zurückgabe des Anteilscheines dem Kläger gegen den Empfänger des Scheines — bezw. gegen die durch diesen angeblich vertretene Gewerkschaft — zustehen würde, versagt die Klage aber der Beklagten gegenüber, weil der Kläger aus dem Vertrage vom 31. Mai 1881 (dem Gründungsvertrage der Aktiengesellschaft) ein Recht gegen diese nicht herleiten könne. Der Berufungsrichter begründet diese Annahme durch den Satz: „Die Übernahme der Passiva durch einen Vertrag gebe dem Gläubiger einen Anspruch gegen den Übernehmer nur in dem Falle des Vitalienvertrages und unter Umständen in dem des Erwerbes eines Handelsgeschäftes." Schon die hier erwähnten Ausnahmen, denen sich noch andere hinzufügen ließen,

vgl. Dernburg, Lehrbuch Bd. 2 S. 150 3. Aufl.; Förster, Theorie und Praxis ꝛc 3. Aufl. Bd. 1 S. 678; Förster-Eccius, 5. Aufl. Bd. 1 S. 687,

zeigen, daß die Regel selbst keine unbedingte Geltung hat, woraus folgt, daß in allen Fällen, wo eine Übertragung eines ganzen Vermögensinbegriffes stattfindet, zu prüfen ist, ob die dadurch geschaffene Rechtslage die Anwendung jener Regel gestattet oder aus überwiegenden Gründen ausschließt. Dieser Prüfung hat sich der Berufungsrichter nicht unterzogen, indem er sich damit begnügt, zu konstatieren, daß einer jener Ausnahmefälle nicht vorliege, und ferner erwägt, daß weder der Kläger noch H. B. als Mitkontrahent des Vertrages vom 31. Mai 1881 anzusehen sei. Es handelt sich aber nicht darum, ob dem Kläger aus dem Vertrage vom 31. Mai 1881 ein Recht (Vertragsrecht) gegenüber der Beklagten erwachsen ist, vielmehr um die Frage, ob durch die Übernahme eines Vermögensinbegriffes mit Aktiven und Passiven eine Succession des Übernehmers auch in die letzteren

dergestalt sich vollzieht, daß, wie die Schuldner des Inbegriffes, so auch die Gläubiger in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zu dem Übernehmer treten. Aber auch hierauf kommt es zunächst nicht an, da aus dem festgestellten Sachverhältnisse sich nicht ergiebt, ob überhaupt eine Veräußerung und damit ein Übergang eines Vermögenskomplexes auf ein anderes Rechtssubjekt vorliegt oder vielmehr nur eine Veränderung der Gesellschaftsform, nämlich eine Umwandelung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft.

Nach §. 94 Tit. 4 des Allgem. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 bilden zwei oder mehrere Mitbeteiligte eines Bergwerkes eine Gewerkschaft, für welche Gesellschaftsform die Bestimmungen der §§. 94—132 a. a. O. zur Anwendung kommen. Nach §. 133 aber können die Rechtsverhältnisse der Mitbeteiligten eines Bergwerkes durch Vertrag oder sonstige Willenserklärung auch anderweit geregelt, mithin auch eine bereits bestehende Gewerkschaft in eine andere, gesetzlich zulässige Gesellschaftsform umgewandelt werden, wozu nur ein einstimmig gefaßter Gewerkschaftsbeschluß erfordert wird.

Vgl. Brassert, Allgem. Berggesetz S. 349; Dernburg, Lehrbuch Bd. 1 S. 686 4. Aufl.; Turnau, Grundbuchordnung Bd. 2 S. 136 4. Aufl.

Im Falle einer solchen Umwandelung bleibt das Rechtssubjekt dasselbe, ein Wechsel im Eigentume findet nicht statt und ebensowenig eine Veränderung in den rechtlichen Beziehungen zu dritten Personen; die neue Gesellschaft bleibt den Gläubigern wie den Schuldnern der bisherigen Gewerkschaft gegenüber verpflichtet wie berechtigt, nicht auf Grund einer Succession, sondern als dasselbe Rechtssubjekt in neuem Gewande.

Die Frage, ob nur eine solche Umwandelung oder aber eine Veräußerung des Bergwerkes vorliegt, hat der Berufungsrichter nicht in Betracht gezogen, und es bietet sich auch kein genügender Anhalt, dieselbe im Wege rechtlicher Schlußfolgerung aus den festgestellten Thatsachen zu entscheiden. Der Berufungsrichter beschränkt sich darauf, aus dem Vertrage vom 31. Mai 1881 die folgende Stelle mitzuteilen, und es muß angenommen werden, daß diese allein zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden ist:

„Durch den gegenwärtigen Akt soll die Konstituierung dieser Aktiengesellschaft „Hugo" vollzogen werden. In letztere wirft die Gewerk-

schaft der Steinkohlenzeche „Hugo", vertreten durch ihren Grubenvorstand, in Gemäßheit des von der ordentlichen Gewerkenversammlung vom 17. Februar 1881 einstimmig gefaßten Beschlusses ihre sämtlichen Aktiva und Passiva, namentlich ihre Steinkohlenzeche bei Buer ein. Letztere geht auf die neue Gesellschaft mit allen Rechten und Pflichten über."

Diese Vertragsbestimmung läßt sehr wohl der Möglichkeit Raum, daß es sich nur um eine in der dort erwähnten Gewerkenversammlung beschlossene Umwandelung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft handelte. Diese Annahme würde auch noch nicht dadurch ausgeschlossen sein, daß, wie der Thatbestand ergiebt, bei dem Gründungsvertrage sich außer der Gewerkschaft noch andere Personen durch Zeichnung von Aktien beteiligt haben. Denn es war die Gewerkschaft nicht gehindert, bei der etwa beschlossenen Umwandelung in eine Aktiengesellschaft noch andere Personen als Beteiligte hinzuzuziehen.

Wenn aber auch eine Prüfung des vollständigen Inhaltes des Gründungsvertrages und des etwa noch beizubringenden Gewerkschaftsbeschlusses zu der Feststellung führen sollte, daß nicht bloß eine Umwandelung der Gesellschaftsform, sondern eine Veräußerung des Bergwerkes an die zu gründende Aktiengesellschaft beabsichtigt war und dieser Absicht gemäß in Ausführung gebracht worden ist, so würde immer noch weiter zu prüfen sein, ob damit die Gewerkschaft als Rechtssubjekt zu existieren aufgehört, und falls dies anzunehmen wäre, von diesem Gesichtspunkte die Frage der passiven Succession anderweit zu erwägen und zu entscheiden sein." ...

---

65. Begründet eine mit Vermögensnachteilen verbundene polizeiliche Verfügung deshalb einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat oder gegen diejenigen, in deren Interesse die Verfügung erlassen worden ist, weil sie auf unrichtiger Gesetzesanwendung beruht?

Gesetz vom 11. Mai 1842; Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 Art. 9.

V. Civilsenat. Urt. v. 20. September 1890 i. S. Fiskus, Stadt M. und Provinzialverband der Provinz Westfalen (Bekl.) w. den Müller M. (Kl.) Rep. V. 96/90.

I. Landgericht Bielefeld.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die in der Überschrift gestellte Frage ist verneint worden.

Dem Kläger ist durch Verfügung der Polizeiverwaltung zu M. vom 18. April 1888 die „beantragte Genehmigung zum Aufbaue einer Windmühle" versagt worden. Es handelte sich um den Wiederaufbau einer von alters her bestehenden, durch Brand zerstörten Windmühle auf einem im Winkel zwischen zwei öffentlichen Wegen liegenden Grundstücke, und zwar an einer Stelle, an welcher die durch Verordnung der Regierung zu M. vom 28. Mai 1863 auf 20 Ruten festgestellte geringste Entfernung neu anzulegender Windmühlen von öffentlichen Wegen gegen keinen der beiden vorbeiführenden Wege eingehalten werden kann. Der Kläger erhebt deshalb Schadensansprüche an den Fiskus, die Stadtgemeinde M. und den Provinzialverband von Westfalen, weil der in der Verfügung vom 18. April 1888 liegende polizeiliche Eingriff in sein Eigentum geschehen sei zum Schutze aller Passanten der beiden Wege und somit im Interesse des Staates und der beiden Körperschaften, welchen als Eigentümern der Wege die Wegebaupflicht und die Aufrechthaltung der wegepolizeilichen Ordnung zur Last falle (der Stadt M. wegen des Weges M.-D., der Provinz wegen der Chaussee nach B.). Er hat mit dem Antrage geklagt,

die drei Beklagten gemeinschaftlich zu einer Entschädigung von ... ℳ für Versagung der Konzession zum Wiederaufbau der Mühle zu verurteilen.

Die Verhandlung und Entscheidung ist in den Vorinstanzen auf den Grund des Anspruches beschränkt worden. Der erste Richter hat den Fiskus verurteilt, den Kläger für Versagung der Konzession zum Wiederaufbaue der Mühle zu entschädigen, mit der Klage gegen die Stadt M. und den Provinzialverband den Kläger abgewiesen.

Der Berufungsrichter hat bestätigt. Der Fiskus hat wegen seiner Verurteilung, der Kläger wegen der Abweisung der Klage gegen die Stadt und die Provinz die Revision eingelegt.

Gründe:

„Die Revision des Fiskus ist deshalb begründet, weil aus der Polizeiverfügung vom 18. April 1888 ein Entschädigungsanspruch

für den Kläger überhaupt nicht herzuleiten ist. Daraus folgt aber zugleich, daß die Klage gegen die Beklagten Stadt M. und Provinzialverband der Provinz W. mit Recht abgewiesen worden, die Revision des Klägers somit unbegründet ist.

Die Polizeiverfügung ist erlassen worden auf Grund der Verordnung der Regierung zu M. vom 28. Mai 1863, welche die geringste Entfernung neu anzulegender Windmühlen von öffentlichen Wegen auf 20 Ruten feststellt. Die Befugnis der Regierung zum Erlasse dieser Verordnung ergiebt sich aus dem §. 13 des Gesetzes vom 1. Juli 1861, betreffend die Errichtung gewerblicher Anlagen (G.S. S. 749), welcher übereinstimmend mit dem jetzt geltenden §. 28 Gew.O. die Regierungen (höheren Verwaltungsbehörden) ermächtigt, über die Entfernung, welche bei Errichtung von durch Wind bewegten Triebwerken von benachbarten fremden Grundstücken und von öffentlichen Wegen innezuhalten, durch Polizeiverordnung Bestimmung zu treffen.

Dem Berufungsrichter kann nun darin nur beigestimmt werden, daß die Anwendung eines gesetzlichen Verbotes, eine Windmühle (zum Zwecke des Betriebes) innerhalb einer gewissen Entfernung von fremden Grundstücken oder von öffentlichen Wegen zu errichten, einen Entschädigungsanspruch, sei es gegen den Staat, sei es gegen die Nachbarn, die zur Unterhaltung der Wege Verpflichteten oder sonst bei den Wegen Interessierten, nicht nach sich zieht, und daß die Bestimmung dieser Entfernung mit gleicher Wirkung, wie unmittelbar durch das Gesetz, auch durch eine in dem Gesetze einer Behörde vorbehaltene Ergänzungsverordnung erfolgen kann. Ein solches Verbot ist nichts Anderes als die Feststellung einer Vorbedingung für die Zulässigkeit eines Gewerbebetriebes, welche, soweit die allgemeinen Wohlfahrts- und Sicherheitsinteressen sie erheischen, die Gesetzgebung aufzustellen so berechtigt als verpflichtet ist. Ein Recht, ohne die Erfüllung derartiger Vorbedingungen ein Gewerbe zu betreiben, kann es im Staate nicht geben; „besondere Rechte und Vorteile" werden also dadurch, daß jeder den gesetzlichen Vorbedingungen sich zu fügen hat, nicht „dem Wohle des gemeinen Wesens aufgeopfert" (A.L.R. Einl. §. 75). Will man solche Vorbedingungen des Gewerbebetriebes dann, wenn sie nicht die Person (z. B. als Befähigungsnachweis), sondern die zum Betriebe erforderlichen Gegenstände, insbesondere die Beschaffenheit (Lage ꝛc) der dazu zu benutzenden Grundstücke betreffen,

deshalb als Eigentumsbeschränkungen bezeichnen, weil sie die Benutzungsfähigkeit und den Wert der den Vorbedingungen nicht entsprechenden Grundstücke oder sonstigen Gegenstände herabzusetzen vermögen, so sind das Schranken, welche das Gesetz jedem Eigentume dieser Art zieht, und unter welchen allein es das Eigentum als im Staate bestehend und zum Schutze berechtigt anerkennt; nicht aber liegt darin eine „Entziehung oder Beschränkung des Eigentums" im Sinne des Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, womit nicht jeder staatliche, insbesondere nicht jeder gesetzgeberische Eingriff in das Vermögen der Staatsbürger (Besteuerung), sondern nur die den Einzelnen als Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsschutze des Eigentumes treffende Vermögensbeeinträchtigung aus öffentlich-rechtlichen Gründen verstanden ist. Und selbst ein solcher ausnahmsweiser Eingriff berechtigt zur Entschädigung nur „nach Maßgabe des Gesetzes", d. h. soweit und in dem Umfange, in welchem das Spezialgesetz, auf Grund dessen der Eingriff erfolgt, eine Entschädigung vorsieht. Der Art. 9 der Verfassungsurkunde ist somit wesentlich nur eine Direktive für die Gesetzgebung, und nur gesetzgeberische Erwägungen, welche vom Richter nicht geändert oder ergänzt werden können, sind maßgebend für die Frage, ob dem von einem gesetzlichen Eingriffe in das Vermögen des Betroffenen eine Entschädigung durch das Gesetz zugesagt werden soll. Klar-bewußte Abweichungen von der Anweisung des Art. 9 der Verfassungsurkunde sind denn auch in der Gesetzgebung keineswegs selten (schon in dem der Verfassungsurkunde auf dem Fuße folgenden Ablösungsgesetze vom 2. März 1850 §§. 2. 3).

Der Berufungsrichter legt nun aber das Gesetz vom 1. Juli 1861 und die darauf fußende Regierungsverordnung vom 28. Mai 1863 dahin aus, daß sie nur die Errichtung von Windmühlen an Stellen, an welchen solche noch nicht standen, im Auge haben, nicht aber die Wiederherstellung zerstörter Mühlen an der alten Stelle. Er wirft der polizeilichen Verfügung vom 18. April 1888 vor, daß sie ungesetzlich sei, indem sie die Thatsache, daß an der Stelle, an welcher der Kläger die Mühle zu errichten beabsichtigte, eine solche schon gestanden hat, zu Unrecht nicht in Betracht ziehe, und in dieser unrichtigen Anwendung des Gesetzes erblickt er den Rechtsgrund für den Entschädigungsanspruch des Klägers, und zwar dem Staate gegenüber.

Diese letztere Schlußfolgerung, daß der Kläger entschädigungsberechtigt sei, weil das Gesetz zu Unrecht gegen ihn Anwendung gefunden habe, ist rechtsirrtümlich. Ein Rechtssatz des Inhaltes, daß die Mißanwendung eines Gesetzes durch eine Verwaltungsbehörde, insbesondere durch die Polizeibehörde, den Staat oder den, der sonst aus dieser Mißanwendung einen Vorteil habe, zur Entschädigung des dadurch Betroffenen verpflichte, läßt sich nicht aufstellen; im Gegenteil verletzt diese Entscheidung des Berufungsrichters die Vorschrift des §. 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842, daß Beschwerden, welche die Gesetzmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung betreffen (nicht vor den ordentlichen Richter, sondern), vor die vorgesetzte Dienstbehörde, gegenwärtig vor die vorgeschriebenen Beschwerde- und verwaltungsgerichtlichen Instanzen, gehören. Es kann zwar, worin dem Berufungsrichter beigetreten werden muß, dem Kläger nicht der Einwand entgegengesetzt werden, die ihm die Wiederherstellung der abgebrannten Mühle untersagende polizeiliche Verfügung würde im Beschwerdewege wieder aufgehoben worden sein. Denn einesteils steht dem Richter ein Urteil darüber, ob dies in der That hätte geschehen müssen und geschehen sein würde, nicht zu, insbesondere nicht etwa deshalb, weil dies in einem ähnlichen Falle durch Entscheidung der höchsten, verwaltungsgerichtlichen Instanz,

vgl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichtes Bd. 10 S. 283,

geschehen ist; und andererseits ist der von einer polizeilichen Verfügung Betroffene in seiner Entschließung, ob er die zulässigen Rechtsmittel dagegen einlegen will, unbehindert. Beruhigt er sich aber bei der Verfügung, so hat der Richter dieselbe ebenso als gesetzmäßig, auch gegen seine eigene Rechtsmeinung, anzusehen, als wenn sie von der letzten Verwaltungs- oder verwaltungsgerichtlichen Instanz auf Beschwerde oder Klage aufrechterhalten worden wäre, und er darf nur, den weiteren Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Mai 1842 entsprechend, darüber befinden, ob, die für ihn unantastbare Gesetzmäßigkeit der polizeilichen Verfügung vorausgesetzt, durch dieselbe ein zur Entschädigung berechtigender Eingriff in Privatrechte geschehen sei. Das ist, wie gezeigt, bei einem auf §. 13 des Gesetzes vom 1. Juli 1861 beruhenden Verbote nicht der Fall und der Anspruch des Klägers aus diesem vom Berufungsrichter in erster Stelle gegebenen Grunde somit hinfällig.

Die Auffassung des Berufungsrichters geht im letzten Grunde dahin, daß der Richter die Gesetzmäßigkeit einer mit Rechtsmitteln nicht angefochtenen Polizeiverfügung zwar nicht mit der Wirkung ihrer Aufhebung, wohl aber mit der Wirkung einer Schadloshaltung des Betroffenen bei seiner Ansicht nach vorliegender Ungesetzmäßigkeit der Verfügung zu prüfen habe, und das würde zu dem offensichtlich unhaltbaren Resultate führen, daß der durch eine Polizeiverfügung in seinen Rechten vermeintlich Verletzte, je nachdem er den einen oder den anderen Weg für sicherer oder für vorteilhafter hielte, die Wahl hätte zwischen der Anfechtung der Verfügung im Instanzenzuge oder der Klage auf Entschädigung, und daß er mit dieser Klage um so sicherer durchdringen müßte, je zweifelloser die Gesetzwidrigkeit der Verfügung und je berechtigter somit auch die Aussicht auf ihre Beseitigung im Beschwerdewege wäre.

Der Berufungsrichter giebt für seine Entscheidung, daß der Kläger entschädigungsberechtigt sei, noch einen zweiten Grund. Er findet im §. 51 Gew.O., welcher bestimmt, daß wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit gegen Ersatz des erweislichen Schadens des Besitzers untersagt werden könne, den Rechtssatz aufgestellt, daß Schadensersatz zu leisten sei, wenn im allgemeinen Interesse die Benutzung einer gewerblichen Anlage untersagt werde, ohne Unterschied, ob dies von der im Gesetze dazu berufenen oder von einer anderen Behörde (hier der niederen Polizeibehörde) geschehe, da ja die Gesetzmäßigkeit von Verfügungen auch der letzteren Behörden richterlich nicht zu prüfen sei. Auch dieser Entscheidungsgrund ist rechtsirrtümlich. Die Vorschrift des §. 51 a. a. O. — deren Anwendung übrigens nach der Fassung der Verfügung vom 18. April 1888 nicht beabsichtigt worden — ist subsidiär. Sie läßt ausnahmsweise ein freies Ermessen der Behörde über die Zulässigkeit des Fortbestandes eines dem Gemeinwohle überwiegend nachteiligen oder gefährlichen Betriebes da zu, wo die sonstigen Vorschriften, nach welchen aus konkret vorgesehenen Gründen einem Betriebe die (gerade für Betriebe bedenklicher Art erforderliche) Konzession entzogen werden kann, versagen, und als Ausgleichung für diese Unterwerfung jedes Gewerbetreibenden unter das freie Ermessen der Behörde, und für die Unmöglichkeit, alle die Umstände, welche eine

Anwendung dieses Ermessens notwendig machen können, vorauszusehen oder gar zu vermeiden, konnte die Zusage einer Entschädigung dem Gesetzgeber als geboten erscheinen. Aber gerade wegen des bei der Schließung eines Betriebes im Falle des §. 51 a. a. O. zugesagten Entschädigungsanspruches mußte die Anwendung der Vorschrift mit einer weiteren Garantie, als dem bloßen Beschwerderechte des Gewerbetreibenden, umgeben werden, und diese Garantie ist gefunden worden in der Auswahl der zur Anwendung der Vorschrift berufenen Behörde. Diese Vorschrift ist daher zur Gewinnung eines allgemeineren Rechtssatzes nicht geeignet, am wenigsten zur Gewinnung des Rechtssatzes, daß nicht nur die durch das Gesetz berufene, sondern auch irgend eine andere Behörde die Macht habe, dadurch daß sie — unbefugterweise — einen Gewerbebetrieb auf Grund des §. 51 a. a. O. schließe, den Staat oder sonst jemand mit der Verpflichtung zum Schadensersatze zu belasten. Eine derartige Verfügung einer nicht dazu befugten Behörde mag außer dem Beschwerderechte unter Umständen eine Vertretungspflicht des unbefugt verfügenden Beamten herbeiführen können, nicht aber eine vermögensrechtliche Belastung des Staates oder eines Dritten. Mit dem an dieser Stelle vom Berufungsrichter zur Anwendung gebrachten Satze, daß die Gesetzmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung vom Richter nicht zu prüfen sei, läßt sich dessen Ansicht nicht decken. Auf das Bestehen einer von unzuständiger Seite erlassenen Verfügung hat freilich der Richter keine Einwirkung; aber er kann sie auch, wenn sie zu seiner Kognition gelangt, nur so beurteilen, wie sie vorliegt, und kann ihr deshalb nicht Rechtswirkungen beilegen, welche das Gesetz nur mit den Verfügungen bestimmt bezeichneter Behörden verknüpft." . . .

---

66. Unterliegen die einem Fabriketablissement als Substanzteile eingefügten Maschinen trotz Eigentumsvorbehaltes ihres Lieferanten den an dem Grundstücke bestellten Hypothekenrechten?

A.L.R. I. 2 §§. 4. 42. 80. 93, I. 9 §§. 334. 335.
Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 §§. 30. 31.

V. Civilsenat. Urt. v. 22. Oktober 1890 i. S. C. J. & Sohn (Kl.) w. H. P. u. Gen. (Bekl.) Rep. V. 134/90.

I. Landgericht Landsberg a./W.
II. Kammergericht Berlin.

Die Beklagten werden in der Subhastation des Grundstückes Bd. 6 Bl. 370 H. Küstrin mit ihren Hypothekenforderungen bis zum Betrage von 7976,05 ℳ bezw. 697,20 ℳ gedeckt werden, und zwar aus den 15 162 ℳ Brandentschädigungsgeldern, welche von der betreffenden Versicherungsgesellschaft für die Einrichtung der auf dem Grundstücke abgebrannten Dampfschneidemühle hinterlegt und die von dem Zuschlage ausgeschlossen worden sind, wenn ihnen nicht die klägerische Firma vorgeht, wie diese behauptet. Die Klägerin, welche dem Subhastaten Z. die gedachte Mühleneinrichtung geliefert und daraus noch eine Restforderung von 8060 ℳ hat, leitet ihr Vorrecht aus dem Eigentumsvorbehalte an der gelieferten Mühleneinrichtung ab, welchen sie ausdrücklich mit suspensiver Wirkung bis zur Zahlung des vollen Preises bei Übernahme der Lieferung gemacht hat.

Die Beklagten haben namentlich eingewendet, daß es sich hier um Substanzteile des Grundstückes handle, welche deshalb ihrem Pfandrechte unterlägen, gleichviel, ob die Klägerin sich daran das Eigentum vorbehalten hätte oder nicht. Um nachzuweisen, daß die verbrannten Einrichtungsgegenstände Substanzteile des Fabrikgebäudes gewesen seien, führen sie an: das Grundstück sei von vornherein ein Fabrikgrundstück gewesen, nur zum Zwecke der Erbauung der Dampfschneidemühle gekauft und erst nach Fertigstellung dieser eingerichteten Fabrik dem Subhastaten Z. aufgelassen worden. Die Bestellung der Fabrikeinrichtung bei der klägerischen Firma habe schon vor Beginn des Baues stattgefunden, und der Bau sei nach den Größenverhältnissen der bestellten Maschinen ꝛc ausgeführt, auch erst nach Hineinschaffung und Vermauerung der Maschinen beendigt worden. Gebäude und Fabrikeinrichtung sollten ein einheitliches Werk bilden. Ohne teilweise Zerstörung des Gebäudes hätten sich der Dampfkessel, die Bolzen der Dampfmaschine (deren einzelne Teile zusammengeschweißt nnd deshalb ohne Zerstörung der Maschine nicht auseinander zu nehmen gewesen wären), das Schwungrad und die drei Gatter nicht wieder entfernen lassen.

Die Klägerin hat nur zugegeben, daß der Kessel und Teile der Dampfmaschine durch Mauerwerk befestigt gewesen seien, alle sonstigen Behauptungen der Beklagten dagegen bestritten.

In erster Instanz sind die Beklagten nach dem Klagantrage zur Einwilligung in die Auszahlung von 7976,05 ℳ und 697,29 ℳ aus den hinterlegten Brandentschädigungsgeldern verurteilt und mit ihrer, die Auszahlung an sie selber bezweckenden Widerklage abgewiesen worden. In zweiter Instanz ist die Klage abgewiesen und die Klägerin nach der Widerklage verurteilt worden, die fraglichen, auf Grund des vorläufig vollstreckten ersten Urteiles von ihr eingehobenen Gelder sowie die von den Beklagten beigetriebenen Kosten zurückzuzahlen und in die Auszahlung der Versicherungsgelder an die Beklagten zu willigen.

Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Die Entscheidung der Sache hänge davon ab, ob die fragliche maschinelle Einrichtung als Bestandteil oder als Zubehör der Dampfschneidemühle zu gelten habe; ersteren Falles habe der Eigentumsvorbehalt der Klägerin die Ergreifung der Gegenstände von den Pfandrechten der Beklagten nicht verhindern können. Nun schlössen die Bestimmungen der §§. 42. 93. 80 A.L.R. I. 2 nicht aus, daß in besonderen Fällen eingemauerte Maschinen die Natur von Substanzteilen eines Fabrikgebäudes annehmen könnten, nämlich von Teilen, ohne die das Fabrikgebäude nicht das sein könne, was es vorstellen solle und wozu es bestimmt sei (§. 4 das.). Entscheidend hierfür sei nicht sowohl die Befestigungsart, als insbesondere der Zustand des Ganzen nach Entfernung der einzelnen Sachen und seine Bedeutung für den Verkehr. Es hätten nun die Zeugen und Sachverständigen B. und L. bekundet, daß die Maschinen mit den übrigen Teilen der Mühle ein zusammengehöriges, einheitliches Ganzes bilden sollten, daß nicht der Bau als Hauptsache betrachtet, sondern Gebäude und Maschineneinrichtung als Einheit aufgefaßt seien, welche nach Trennung der Maschineneinrichtung nicht mehr existieren und nicht mehr das sein könne, wozu sie bestimmt sei; damit stehen auch nicht die Art der Befestigung und die Möglichkeit der Loslösung der Maschinen in Widerspruch. Zu diesen Maschinen gehörten und seien als deren Bestandteile aufzufassen: der Kessel, drei Gatter, drei Blockwinden mit Ketten, die Transmission und Wellen, die Riemen und die Kreissäge. Seien die Maschinen und Maschinenteile Substanzteile der Dampfmühle, so unterlägen sie, jetzt die Versicherungsgelder, dem Immobiliarpfand-

rechte der Beklagten (§§. 30. 31 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872).

Diese Ausführungen sind vergeblich von der Revision angegriffen worden.

Mit Unrecht bestreitet dieselbe, daß die in Frage stehende Maschineneinrichtung, wenn sie als Substanzteil der Dampfschneidemühle aufgefaßt werden müßte, von den Hypothekenrechten der Beklagten ergriffen worden sei. Die Ansicht der Klägerin, daß dies durch ihren Eigentumsvorbehalt an den Maschinen ausgeschlossen werde, ist nach preußischem Rechte nicht begründet. Es handelt sich hier um den Fall eines Baues mit fremden Materialien; Eigentümer dieser bis dahin fremden Materialien wird nach ausdrücklicher Vorschrift der §§. 334. 335 A.L.R. I. 9 der Bauende durch die Thatsache der Verbauung, und derselbe bleibt auch ihr Eigentümer trotz einer eintretenden Trennung der Materialien von dem Bau.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §. 236 Anm. 3; Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 3 §. 176 Anm. 40.

Die Berufung der Klägerin auf §. 30 des Eigentumserwerbsgesetzes ist verfehlt. Wenn dort die auf dem verpfändeten Grundstücke befindlichen Gebäude nur, sofern sie dem Grundstückseigentümer gehören, der Hypothek unterworfen werden, so hat dadurch nicht ein neuer Rechtssatz des Inhaltes eingeführt werden sollen, daß die einzelnen Teile einer zusammengesetzten Sache im Sondereigentume der früheren Eigentümer der verwendeten Materialien ständen; sondern es sollte lediglich dem Umstande Rechnung getragen werden, daß nach bestehendem Rechte Grundstück und Gebäude verschiedenen Eigentümern gehören können. Das Reichsgericht hat denn auch bereits entschieden, daß die Hypothek neu hinzukommende Substanzteile des Grundstückes ergreift, auch dann, wenn ein Anderer sich an den hinzugefügten Teilen das Eigentum vorbehalten hatte.

Vgl. Urt. des I. Civilsenates vom 28. April 1884 Rep. I. 73/84; Turnau, Grundbuchordnung Bd. 1 S. 734 (4. Aufl.)

Ebensowenig kann der Revision zugegeben werden, daß die Feststellung des Berufungsrichters, daß die streitige Maschineneinrichtung zur Substanz des den Beklagten verpfändeten Grundstückes gehört habe, unter Verletzung von Rechtsgrundsätzen getroffen sei. Vielmehr

befindet sich der Berufungsrichter, wenn er als entscheidend ansieht, ob Gebäude und Maschinen eine einheitliche Sache bildeten, welche nach Abtrennung der Maschinen nicht mehr existiert haben und nicht mehr das gewesen sein würde, was sie sein sollte, nämlich eine Dampfschneidemühle, in Übereinstimmung nicht nur mit der gesetzlichen Umschreibung des Substanzteiles im §. 4 A.L.R. I. 2, sondern auch mit der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Nach dem §. 4 gelten als Substanz alle Teile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das sein kann, was sie vorstellen soll, oder wozu sie bestimmt ist. Demgemäß ist, was speziell den vorliegenden Fall der Einfügung von Maschinen in ein Fabrikgebäude anlangt, schon wiederholt vom Reichsgerichte ausgesprochen worden, daß die Maschinen dann als Teile, nicht als bloßes Zubehör (§§. 42 flg. A.L.R. I. 2) des Fabrikgrundstückes aufzufassen sind, wenn nicht bloß eine auf die Dauer berechnete mechanische Verbindung derselben mit dem Grundstücke hergestellt worden ist, sondern auch das Grundstück erst durch Einfügung dieser Maschinen zu derjenigen Sache, zu der es bestimmt ist, nämlich zum Fabriketablissement geworden ist, und diese Eigenschaft wieder verlieren würde, wenn die Maschinen entfernt werden sollten.

Vgl. z. B. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 Nr. 69 S. 251 flg. (IV. Civilsenat vom 24. Juni 1880); Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 846 (IV. Civilsenat vom 26. Oktober 1885); Urteile des V. Civilsenates vom 5. Mai 1888 Rep. V. 57/88 (vom 4. Juli 1888 Rep. V. 144/88; vgl. ferner Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 9 Nr. 39 S. 169 (II. Civilsenat vom 24. April 1883).

Damit befinden sich auch die Ansichten hervorragender Rechtslehrer in Einklang.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §§. 61. 62; Eccius Preuß. Privatrecht Bd. 1 §. 21 (S. 113 der 5. Aufl.); Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 26 S. 30 flg. 36. 41. 45. 67. 117. 147 flg.

Daß diese Voraussetzung einer Einheit von Gebäude und Maschinen (nicht im Sinne einer sog. universitas juris, wie die Revision unterstellt, sondern im Sinne eines zusammengesetzten, physischen Ganzen) im vorliegenden Falle gegeben gewesen sei, hat der Berufungsrichter thatsächlich festgestellt. Er nimmt durch Bezug-

nahme auf die Aussagen der vernommenen Sachverständigen an, daß der Bau entsprechend der Zeichnung, wonach eine Fabrik gerade mit dieser Maschineneinrichtung unter Anpassung des Gebäudes an die Maße und Größenverhältnisse der schon vorher bestellten Maschinen projektiert war, hergestellt, die wesentlichen Maschinen (Dampfkessel, Dampfmaschine, Gatter), teilweise schon vor Fertigstellung des Gebäudes, in demselben mit Bolzen und Ankern vermauert worden sind, und die übrigen maschinellen Einrichtungen wiederum mit diesen Maschinen zusammen ein Ganzes gebildet haben. Auf Grund dieses Sachverhaltes hat er mit den Sachverständigen angenommen, daß der Bau des Fabrikgebäudes einschließlich der Maschineneinrichtung als einheitliches Ganzes beabsichtigt und ausgeführt worden sei. Darin liegt kein Rechtsirrtum. Er brauchte sich von dieser Auffassung auch nicht dadurch abbringen zu lassen, daß, wie die Sachverständigen bekunden, die Maschinen, abgesehen von dem Kessel, bis auf die vermauerten Bolzen und Anker auseinander genommen und aus der Fabrik entfernt werden konnten. Der Berufungsrichter nimmt vielmehr mit Recht an, daß es für die Unterscheidung zwischen Substanzteilen und Pertinenzen nicht sowohl auf die Befestigungsart als auf den Zustand und die Bedeutung des Ganzen im Verkehr ankomme. Wie wenig entscheidend in dieser Beziehung der Grad der Befestigung ist, ergiebt sich schon daraus, daß im §. 80 A.L.R. I. 2 an die Vermauerung, Verzimmerung, Eingrabung, Eingießung, also gerade an besonders intensive Befestigungsarten die Vermutung der Pertinenzeigenschaft — unter Voraussetzung ihrer sonstigen Erfordernisse — angeknüpft wird. Darauf kann kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, daß die Herausnahme der Maschinen ohne wesentliche Verletzung der Integrität des Gebäudes möglich war, und daß die herausgenommenen Maschinen durch andere hätten ersetzt werden können; nicht auf die Reperaturunfähigkeit, sondern darauf kömmt es an, ob durch die Entfernung des Teiles das bisherige Ganze (einstweilen) aufhörte, begrifflich diejenige Sache zu sein, welche sie bis dahin vorstellte.

Ist demnach mit Recht vom Berufungsrichter angenommen, daß die in Frage stehende Maschineneinrichtung Substanzteil des Fabrikgebäudes war, so folgt aus der Vorschrift in §. 30 letzter Absatz des Eigentumserwerbsgesetzes, daß die Versicherungsgelder für die abge-

brannten Maschinen an Stelle dieses Substanzteiles den Hypothekenrechten der Beklagten unterliegen. Daß diese Versicherungsgelder, wie in der gedachten Gesetzesbestimmung vorausgesetzt wird, dem Eigentümer des Grundstückes zugefallen sind, ergiebt sich ohne weiteres daraus, daß dieser die Versicherung für Gegenstände seines Eigentumsrechtes abgeschlossen hat. Unerheblich ist es, ob letztere von den Kontrahenten des Versicherungsvertrages als Mobilien oder als Teil eines Immobile angesehen wurden."

IV. Rheinisches Recht.

67. Ist eine Klage des an Stelle der Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten, ernannten Vormundes auf Beschränkung des Erziehungsrechtes der Mutter zulässig, und unter welchen Voraussetzungen kann auf solche Beschränkung erkannt werden?

II. Civilsenat. Urt. v. 25. März 1890 i. S. B. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. II. 31/90.

I. Landgericht Zabern.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Der beklagten Mutter war nach Eingehung einer zweiten Ehe die Vormundschaft über ihre erstehelichen Kinder entzogen und der Kläger zu deren Vormund ernannt worden. Wegen ungehörigen Lebenswandels der Beklagten beschloß der Familienrat, der Mutter die Kinder zu entziehen und diese in einer Anstalt unterzubringen. Weil die Mutter dem Vollzuge dieser Maßregel sich widersetzte, erhob der Vormund beim Landgerichte Klage, und dieses erkannte nach seinem Antrage. Die dagegen eingelegte Berufung und Revision sind zurückgewiesen worden, letztere aus folgenden

Gründen:

„Die Revisionskläger greifen zunächst die Grundlage der Entscheidung an, indem sie bestreiten, daß ein bürgerlicher Rechtsstreit vorliege und der Rechtsweg statthaft sei; jedoch mit Unrecht. Die Klage ist vom Vormunde gegen die Mutter erhoben, welcher bei ihrer Wiederverheiratung die Vormundschaft nicht belassen worden ist, und wenn auch die Vorkehrungen betreffs der Erziehung des Mündels zur Zuständigkeit der Obervormundschaft, also in das Gebiet der freiwilligen

Gerichtsbarkeit gehören, so kann diese, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, doch nur für das Verhältnis von Mündel und Vormund, nicht aber gegen Dritte wirksame und vollziehbare Anordnungen treffen. Wie einerseits Dritten, welche behaupten, daß solche Beschlüsse in ihr Privatrecht eingreifen, die Klage auf Aufhebung derselben zusteht, so ist auch andererseits der Vormund berechtigt, auf deren Vollzug zu klagen, wenn sich der Dritte unter Berufung auf ein Privatrecht demselben widersetzt. Es ist die gerichtliche Klage das einzige Mittel zur Durchführung der vormundschaftlichen Maßregeln gegen widersprechende Dritte. Die beklagte Ehefrau, welche der obervormundschaftlichen Anordnung gegenüber lediglich als Dritte in Betracht kommt, weigert sich nun aber, derselben durch Herausgabe ihrer Töchter zu entsprechen, und es kann sich deshalb nur darum handeln, ob ihrem elterlichen Rechte gegenüber die Vormundschaft die Unterbringung dieser Töchter in einer Erziehungsanstalt rechtswirksam beschließen durfte. Auch der in dieser Richtung erhobene Angriff der Revisionskläger kann nicht für begründet erachtet werden. Zwar hat die Mutter mit der Vormundschaft nicht auch zugleich ihr elterliches Recht verloren, wohl aber ist ein Teil seines Inhaltes, insbesondere auch die Fürsorge für die Person des Mündels (Art. 450 Abs. 1 des bürgerl. Gesetzbuches) als Recht und Pflicht auf den Vormund übergegangen, und, wenn ihr auch der Anspruch auf Erziehung im elterlichen Hause (Artt. 371. 372. 373 des bürgerl. Gesetzbuches) verblieben ist, so ist dieses Recht kein absolutes, sondern es liegen der Mutter auch Pflichten ob, insbesondere die Pflicht, für sittliche Erziehung der Kinder zu sorgen, schlechte Einflüsse und Vorbilder von denselben fernzuhalten. Wird diese Pflicht verletzt und die Erziehung der Kinder gefährdet, so ist es der Beruf der über solche neben der Mutter bestellten Vormundschaft, die zum Schutze der Kinder geeigneten Maßregeln herbeizuführen. Die einzig wirksame Maßregel in einem solchen Falle ist aber die Unterbringung der Kinder in einer anderen Familie oder in einer Erziehungsanstalt. Auf Grund der Beweiserhebung ist nun für das Revisionsgericht bindend festgestellt, daß der Lebenswandel der beklagten Ehefrau ein solcher sei, daß ihr die Töchter ohne Gefährdung ihrer sittlichen Erziehung nicht gelassen werden können. Damit erscheint die Klage, soweit sie auf Ausfolgung der Töchter gerichtet ist, begründet und bewiesen.

Daraus ergiebt sich aber auch, die Rechtfertigung des weiteren Anspruches auf Leistung einer Unterhaltsrente, da fortan die Beklagte der ihr nach Art. 203 des bürgerl. Gesetzbuches obliegenden Ernährungspflicht nicht mehr durch Leistung des Unterhaltes im elterlichen Hause genügen kann. Daß diesem Klagegesuche der Umstand nicht entgegenstehe, daß die Kinder eigenes Vermögen besitzen, ist im angefochtenen Urteile schon damit ausreichend begründet, daß dessen Erträgnisse zur Bestreitung der Kosten nicht ausreichen, und der Grundstock in wenigen Jahren aufgezehrt wäre, wenn er zu diesem Zwecke angegriffen würde.

Die Verurteilung des beklagten Ehemannes ist in Artt. 1409 Ziff. 1. 1419. 1421 des bürgerl. Gesetzbuches begründet, denn die Pflicht zur Ernährung vorehelicher Kinder ist eine Mobiliarschuld, welche der Ehefrau bei Schließung der Ehe oblag."

---

68. Kann im Gebiete des französischen Rechtes der durch den Betrieb einer gewerblichen Anlage beschädigte Besitzer eines Nachbargrundstückes auf Ersatz des erst in Zukunft entstehenden Schadens auch in dem Falle klagen, wenn ihm die Klage auf Einstellung des schädigenden Betriebes zusteht?

II. Civilsenat. Urt. v. 29. April 1890 i. S. Wwe. B. (Kl.) w. Z. (Bekl.) Rep. II. 56/90.

I. Landgericht Metz.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

In einem Schuppen des Beklagten ist eine Dampfsägerei angelegt, deren Betrieb ein so bedeutendes Geräusch und Erschütterungen verursacht, daß die Besitzerin des anstoßenden Wohnhauses in hohem Grade belästigt, der Aufenthalt für die Mieter unerträglich und die Ertragsfähigkeit des Hauses erheblich vermindert wird. Dieselbe klagte bei dem Landgerichte zu Metz mit dem Antrage, das Gericht wolle den Besitzer der Anlage verurteilen, insolange die mit dem Dampfsägebetriebe verbundenen Belästigungen fortdauerten, der Klägerin einen jährlichen Schadensersatz von 150 ℳ zu bezahlen. Das Landgericht

erkannte im wesentlichen nach dem Klagantrage; auf Berufung des Beklagten wurde das Urteil aufgehoben und auf Klagabweisung erkannt. Das Reichsgericht hob auf Revision der Klägerin das Berufungsurteil auf.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter hat in Anschließung an das Urteil des II. Civilsenates,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 345,

die Klage abgewiesen, weil der Ersatz zukünftigen Schadens nur unter gewissen Voraussetzungen, jedenfalls aber dann nicht durch Klage gefordert werden dürfe, wenn die Klage auf Beseitigung des schadenbringenden Betriebes gegeben sei. Der Senat hat indessen von dieser Rechtsauffassung abgehen zu müssen geglaubt.

Grundsätzlich ist zwar nicht zu bestreiten, daß die Anordnung von Vorbeugungsmaßregeln für die Zukunft nicht zu den Aufgaben der Gerichte gehört, für die Beurteilung des Klagebegehrens vielmehr der im Augenblicke der Klagerhebung vorliegende Thatbestand maßgebend ist. Die fortschreitende Rechtsentwickelung hat jedoch aus Gründen der Zweckmäßigkeit, insbesondere zu dem Zwecke, der Vervielfältigung der Prozesse entgegenzutreten, diese Schranken für eine Reihe von Fällen durchbrochen. Die Civilprozeßordnung gestattet in §. 231 die alsbaldige Feststellung eines Rechtsverhältnisses, obwohl dessen Wirkungen erst in der Zukunft eintreten, und trifft in den §§. 671. 687 Fürsorge für den Fall, daß die Vollstreckung eines Urteiles von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatsache abhängt. In gleicher Weise gestatten das Haftpflichtgesetz, das Berggesetz §. 137 und die Gewerbeordnung §. 26 die Verurteilung zum Ersatze desjenigen Schadens, welcher unter gewissen Voraussetzungen erst in Zukunft eintreten wird. Allerdings kann eine Entschädigung nicht für den Fall gefordert werden, daß der Beklagte in der Zukunft eine unrechte That (Artt. 1382 flg. des bürgerl. Gesetzbuches) erst begehen werde. Im vorliegenden Falle waren aber die schadenbringende Ursache und der schädigende Erfolg im Augenblicke der Klagerhebung schon vorhanden. Wenn auch das Bestehen der Dampfmaschine und sonstigen Einrichtungen auf die Besitzung der Klägerin keine Wirkungen ausübte, so bestanden diese Anlagen doch nur zu dem Zwecke, um betrieben zu werden und Nutzen zu bringen,

und sie sind thatsächlich sowohl vor, als nach der Klagerhebung betrieben worden. Die Klage richtet sich daher nicht sowohl gegen eine künftige unrechte That des Beklagten, als gegen die voraussehbare Fortsetzung eines bereits vorhandenen Zustandes und kann in dieser Beschränkung nicht für unzulässig erklärt werden.

Die fernere Ausführung des Berufungsurteiles, daß ein Schadenersatz nicht gefordert werden könne, wo die negatorische Klage auf Beseitigung gegeben sei, stellt sich allerdings als die Folge des von der Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannten Grundsatzes dar, daß ein Beschädigter überall den Ersatz zu fordern nicht berechtigt sei, wo ihm die Möglichkeit zur Abwehr des Schadens gegeben ist. Daß aber dieser Satz auf schadenbringende, gewerbliche Anlagen keine unbedingte Anwendung finden soll, wird zu Gunsten des Gewerbfleißes und der allgemeinen Wohlfahrt durch §. 26 der deutschen Gewerbeordnung ausdrücklich bestimmt. Einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten, gewerblichen Anlage gegenüber kann der Besitzer eines benachbarten Grundstückes, welchem nach dem bestehenden Rechte zur Abwehr der benachteiligenden Einrichtungen die Privatklage gegeben wäre, niemals die Einstellung des Betriebes fordern, sondern er hat nur eine Klage auf Verbesserung der Einrichtungen und, wo solche nicht ausführbar ist, auf Schadloshaltung. Diese Bestimmung wurde, wie die Verhandlungen des Reichstages ergeben, für notwendig erachtet, weil es mit dem allgemeinen Wohle unvereinbar sei, daß der möglicherweise nur in geringem Maße benachteiligte Grundstücksbesitzer die Einstellung eines Betriebes fordern dürfe, welcher Tausenden von Arbeitern Unterhalt gewähre.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nun allerdings nicht um eine obrigkeitlich genehmigte Anlage; nach den von dem Berufungsurteile angeführten, für Elsaß-Lothringen geltenden Bestimmungen war eine Genehmigung der Behörde für die in Frage stehende Dampfsägerei überhaupt nicht erforderlich. Dessenungeachtet kann die Entschädigungsklage nicht für unzulässig erachtet werden, weil der Beklagte kein Interesse, daher auch kein Recht hat, sich auf die Möglichkeit der negatorischen Klage zu berufen; denn es steht ihm frei, durch Einstellung des Betriebes den Klagegrund für das Begehren des künftigen Schadens und damit die Klage selbst zu beseitigen. Übrigens wäre es auch in einem solchen Falle dem Beschädigten, welcher sich

unter Verzicht auf das weitergehende Recht mit dem Schadensersatze begnügen will, keineswegs benommen, seinen Zweck auf einem Umwege zu erreichen, indem er ein Urteil auf Betriebseinstellung erwirken und im Falle der Nichterfüllung Ersatz des Schadens fordern könnte.

Hiernach erschien ein Abgehen von der früheren Entscheidung umsomehr geboten, als dieselben Gründe, welche zum Erlasse des §. 26 der Gewerbeordnung geführt haben, auch in Fällen vorliegen können, in welchen eine Anlage der Genehmigung der Behörde nicht bedarf. Auch die französischen Gerichte und Schriftsteller haben sich für die Zulässigkeit einer Schadensklage gegenüber gewerblichen Anlagen einstimmig ausgesprochen, ohne zwischen dem obrigkeitlich genehmigten und dem nicht genehmigten Betriebe zu unterscheiden.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Umfang und die Höhe des Ersatzanspruches in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen."

---

69. Auslegung eines Testamentes. Substitution zu Gunsten der Nachkommen.

Bürgerl. Gesetzbuch Artt. 896. 1048.

II. Civilsenat. Urt. v. 13. Mai 1890 i. S. O. (Bekl.) w. R. u. Gen. (Kl.) Rep. II. 70/90.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Das eigenhändige Testament des Kaufmannes R. zu Barmen vom 27. Juli 1882 schloß mit folgender Verfügung: „Ferner bestimme ich, daß nach Abzug obiger ... Vermächtnisse ꝛc das noch verbleibende Kapital, worüber ich verfügen kann, festgelegt wird, und zwar für die Nachkommen meiner Kinder, sodaß meine Kinder nur über die Zinsen des Kapitals zu verfügen haben." Bei seinem 1885 erfolgten Tode hinterließ R. als gesetzliche Erben einen unverheirateten Sohn und eine verheiratete Tochter, aus deren Ehe drei minderjährige Kinder vorhanden waren. Für diese Minderjährigen bestellte das

Amtsgericht zur Wahrung der denselben aus der Schlußbestimmung des Testamentes erwachsenen Rechte einen Pfleger. Die beiden Kinder des Erblassers klagten wider die durch den Pfleger vertretenen Minderjährigen mit dem Antrage, die Schlußbestimmung des Testamentes für rechtsunwirksam zu erklären. Die Beklagten beantragten Klagabweisung, indem sie ausführten, das Testament sei mindestens insoweit aufrechtzuerhalten, als dasselbe eine nach Art. 1048 des bürgerl. Gesetzbuches gültige Substitution zu Gunsten der Enkel des Erblassers darstelle. Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage, das Berufungsgericht bestätigte, und die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Zur Rechtfertigung der Revision wird ausgeführt, der Berufungsrichter verletze bei der Auslegung des Testamentes eine gesetzliche Auslegungsregel, aber auch nach seiner Auffassung der letztwilligen Verfügung habe er die Klage abweisen müssen. Diese Angriffe waren indessen nicht für begründet zu erachten.

1. Wie von der Revision zutreffend geltend gemacht wird, findet die in Art. 1157 des bürgerl. Gesetzbuches für Verträge aufgestellte Auslegungsregel, nach welcher doppelsinnige Ausdrücke im Zweifel in der Bedeutung zu nehmen sind, in welcher sie einige Wirkung hervorbringen können, auch auf die Auslegung letztwilliger Verfügungen Anwendung. Das Gesetz erkennt sogar die Richtigkeit dieses Satzes in Art. 1023 ausdrücklich an, indem hiernach das einem Gläubiger oder einem Dienstboten hinterlassene Vermächtnis nicht auf die Forderung oder den Lohn angerechnet werden soll. Eine Verletzung dieser Regel kann aber nicht in der Feststellung gefunden werden, daß nach der Absicht des Erblassers eine Verfügung im Sinne des Art. 1048 überhaupt nicht habe getroffen werden sollen.

Allerdings kann unter dem im Testamente gewählten Ausdrucke Nachkommen sowohl die ganze Nachkommenschaft ohne Unterschied des Grades, als auch die unmittelbare Nachkommenschaft der Kinder verstanden werden, zu deren Gunsten das Gesetz die Substitution gestattet. Bei Erforschung der allein entscheidenden Absicht des Testators beschränkt sich aber der Berufungsrichter nicht auf den Wortlaut der Verfügung, sondern er prüft die Familien- und Vermögensverhältnisse des Erblassers sowie die Beziehungen, in welchen derselbe zu seinen Kindern gestanden hat, und gelangt zu der Annahme, daß

der Erblasser den verfügbaren Teil seines Vermögens nicht bloß seinen Enkeln habe zuwenden wollen, sondern daß er seine ganze Nachkommenschaft, Kindes- und Enkelkinder bis in die entferntesten Grade einzusetzen beabsichtigt, und dabei eine Art Familienfideikommiß im Sinne der Kabinetsorder vom 25. Februar 1826 im Auge gehabt habe, durch welches der Wohlstand der Familie für kommende Zeiten sichergestellt werden sollte. Diese nicht nur dem Wortlaute, sondern auch den Umständen entnommene Feststellung der Absicht des Erblassers entzieht sich nach §. 524 C.P.O. der Nachprüfung.

Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Urteiles, es fehle für die Annahme einer gültigen Substitution an der ferneren Voraussetzung der den Eingesetzten auferlegten Verpflichtung, das Vermögen aufzubewahren und es den bereits geborenen und noch zu erwartenden Kindern herauszugeben, anfechtbar wäre.

2. Die Revision macht ferner geltend, der Richter habe auch nach seiner Auslegung nicht zur Zusprechung der Klage gelangen können. Das Gesetz gebe dem Testator die volle Freiheit, über seine verfügbare Nachlassenschaft jede ihm beliebige Bestimmung zu treffen; wenn derselbe in der nach Art. 1048 errichteten Substitution den ihr gezogenen Kreis überschreite, so müsse doch die Verfügung insoweit aufrechterhalten werden, als sie nach dem Gesetze nicht verboten sei; da der ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene Wille des Erblassers zu achten sei, habe der Richter die Prüfung der Frage nicht unterlassen dürfen, ob der Erblasser, wenn er einmal seine Absicht nicht in dem ganzen Umfange erreichen konnte, sie nicht wenigstens noch in dem beschränkten Umfange des Art. 1048 habe erreichen wollen.

Diese Ausführung war nicht für zutreffend zu erachten. Der Art. 1048 stellt sich als eine Ausnahme von dem in Art. 896 allgemein aufgestellten Verbote der Substitutionen dar. Soweit nicht die besonderen Voraussetzungen, unter welchen die Substitution ausnahmsweise gestattet ist, vorliegen, tritt das allgemeine Verbot solcher Verfügungen in Kraft.

Der Gesetzgeber hat die im früheren Rechte zulässigen Nacherbeinsetzungen abgeschafft, weil er sie, wie die Vorarbeiten ergeben, für unvereinbar hielt mit dem Geiste der neuen Verfassung, dem rechtlichen Wesen des Eigentumes und der allgemeinen Wohlfahrt. Um seinen Zweck vollständig zu erreichen, hat er die Substitution nicht

nur bezüglich des bedachten Dritten, sondern selbst in Ansehung des Beschenkten, des eingesetzten Erben oder des Legatars, für ungültig erklärt.

Das Gesetz stellt hiermit den Grundsatz auf, daß mit der Substitution stets auch die Institution als durch jene bedingt, hinfällig werde ohne Zulassung der Prüfung, ob im einzelnen Falle der Erblasser nicht eventuell die Institution auch ohne Substitution gewollt habe. Wenn daher im vorliegenden Falle nach der nicht anfechtbaren Auslegung des Oberlandesgerichtes nicht bloß die Enkel, sondern weiterhin nach diesen auch die ferneren Nachkommen des Erblassers als substituiert anzusehen sind, so macht diese fernere Substituierung ohne weiteres auch die erstmalige Substituierung der Enkel als oneriert Institutierten ungültig, und die Verfügung des Testamentes konnte auch nicht in den Schranken des Art. 1048 aufrecht erhalten werden."

---

70. Kann die Auflösung eines doppelseitigen Vertrages wegen Nichterfüllung (Art. 1184 des bürgerl. Gesetzbuches) mit Rückwirkung nur durch Urteil oder auch durch Übereinkunft der Vertragsparteien bewirkt werden?

II. Civilsenat. Urt. v. 16. Mai 1890 i. S. Pf. (Kl.) w. Aktiengesellschaft „Phönix Dortmunder Exportbrauerei" (Bekl.). Rep. II. 67/90.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Das Oberlandesgericht hatte angenommen, daß eine Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer von Mobilien, in welcher der erstere anerkennt, den Kaufpreis nicht bezahlt zu haben, und deshalb einwilligt, daß von Klagerhebung auf Grund des Art. 1184 des bürgerl. Gesetzbuches abgesehen und der Vertrag für rückwärts aufgelöst betrachtet werde, einem Dritten, welcher vorher in seiner Eigenschaft als Gläubiger des Käufers Pfändung der verkauften Mobilien erwirkt hatte, nicht entgegengehalten werden könne, vielmehr die Auflösung durch Richterspruch unbedingt geboten sei.

Das Reichsgericht hat das Urteil aufgehoben aus folgenden Gründen:

„Der von der überwiegenden Doktrin und Rechtsprechung abweichenden Auslegung des Art. 1184 des bürgerl. Gesetzbuches seitens des Berufungsgerichtes kann nicht beigepflichtet werden. Der Vertrag und das richterliche Urteil haben im Verhältnisse zu dritten Personen, d. h. zu solchen, welche bei jenem nicht als Vertragschließende mitgewirkt haben und bei diesem nicht Partei waren (Artt. 1165. 1351 des bürgerl. Gesetzbuches), die gleiche Bedeutung, nämlich, daß sie beide Thatsachen sind, deren rechtliche Voraussetzungen und Wirksamkeit diese Dritten gegen sich nicht anzuerkennen haben, sondern zu bestreiten befugt sind. Dies hat im gegebenen Falle, in welchem die Verkäufer als Kläger den Rückerwerb des Eigentumes an den Mobilien gegen die Beklagte, welche deren Pfändung erwirkt hat, geltend machen, die Tragweite, daß die Beklagte, der Rückerwerb mag sich auf Urteil oder auf Vertrag gründen, mit allen Widersprüchen gegen die Anwendbarkeit des Art. 1184 zu hören und damit in der Lage ist, die Voraussetzungen eines derartigen Vertrages oder eines Urteiles im gegenwärtigen Rechtsstreite zum Austrage zu bringen.

Sind aber Vertrag und Urteil (vgl. Merlin, Qu. de dr. v° „Résolution“ §. I n. 226) gegen Dritte gleichmäßig unverbindlich, werden dieselben weder durch den ersteren, noch durch das letztere in eine günstigere oder ungünstigere Lage versetzt, so bleibt nur die Frage zu beantworten, ob das Gesetz gleichwohl unter den Parteien nur die Auflösung durch Richterspruch für zulässig, jede andere Art der Auflösung dagegen für unstatthaft erkläre. Für Bejahung dieser Frage könnte der Wortlaut des Gesetzes, insbesondere dessen letzter Absatz angerufen werden: „la résolution doit être demandée en justice“. — Gegen solche wörtliche Auslegung sprechen jedoch überwiegende Gründe:

Der Gesetzgeber hat, abweichend vom römischen Rechte, welches aus mit seinem Systeme zusammenhängenden Gründen nur bei Innominatkontrakten im Falle des Ausbleibens der Gegenleistung eine Kondiktion der Vorleistung gewährt, und über die ältere französische Praxis (vgl. Pothier, Oblig. n. 672), welche bei allen gegenseitigen Verträgen im Falle der Nichtleistung eine Klage auf Erstattung des Geleisteten gab, hinausgehend, die Nichterfüllung seitens eines Kontrahenten zur stillschweigend gewollten Resolutivbedingung erklärt.

Dagegen hat er im Gegensatze zu Art. 1183 dieser stillschweigenden Bedingung keine kraft Gesetzes eintretende Wirkung beigelegt, sondern den Nichtsäumigen auf den Weg der Klage verwiesen. Dies geschah zum Schutze des Säumigen, da der Richter noch eine Frist zur Erfüllung gewähren, dabei die Dauer und Erheblichkeit der Nichterfüllung und die solche begleitenden Umstände berücksichtigen kann und soll. Daß es sich nur um das Verhältnis unter den Vertragspersonen handle, und Art. 1184 seine Fassung nicht in Rücksicht auf etwaige Interessen Dritter erhalten habe, ergiebt sich aus dem Zusammenhange des Gesetzes, welches in den Artt. 1165—1167 bereits die Wirkung der Verträge in Ansehung dritter Personen geregelt hat. Demnach hat der angeführte Ausspruch im Art. 1184 nur den Sinn, die Auflösung kraft Gesetzes zu verneinen, und fehlt namentlich jeder Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber auch von dem allgemeinen Rechtsgrundsatze abweichen wollte, wonach Klage nur dann zu erheben ist, wenn die freiwillige Erfüllung verweigert und dadurch zu derselben Anlaß gegeben wird. Dies ist im Gesetze nicht gesagt (anders im Art. 1443) und ist auch nicht daraus zu schließen, daß bloß die theoretischen Gegensätze: Wirkung kraft Gesetzes und mittels Klage (ähnlich wie im Art. 1117 des bürgerl. Gesetzbuches) einander gegenübergestellt sind. Der Gesetzgeber hatte überhaupt nur die Klage zu erwähnen bezw. zu gestatten; ein gesetzgeberischer Grund zu einem weiteren Ausspruche dahin, daß die Klage zu unterbleiben habe oder unterbleiben könne, wenn dem Anspruche freiwillig genügt wird, ist nicht ersichtlich. Eine andere Schlußfolgerung kann auch aus den Äußerungen von Bigot, Favard und Mouricault in den Vorarbeiten zum Gesetzbuche nicht hergeleitet werden. Es wäre auch eine durch nichts gerechtfertigte Härte gegen den säumigen Schuldner, ihn unter allen Umständen mit Prozeßkosten zu belasten, obgleich er von vornherein zum Nachgeben bereit ist, und, wenn in letzter Konsequenz der wörtlichen Auslegung des Art. 1184 stets ein Urteil ergehen müßte, wären auch der gerichtliche Vergleich und die Anwendung der §§. 89. 278 C.P.O. ausgeschlossen.

Obgleich hiernach die Auslegung des Art. 1184 nicht gebilligt werden kann, auf welcher die Entscheidung beruht, wäre die Abweisung der Klage dennoch aufrechtzuerhalten, wenn, wie von der Beklagten geltend gemacht wurde, ihr die Bestimmung des Art. 2279 des bürgerl. Gesetzbuches zur Seite stände. Das Reichsgericht hat jedoch bereits

(vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 Nr. 72 S. 299) entschieden, daß diese Rechtsregel der auf Grund des §. 690 C.P.O. erhobenen Widerspruchsklage dann nicht entgegenstehe, wenn der Schuldner, bei welchem gepfändet worden ist, den Besitz nicht in eigenem, sondern im Namen des Klägers ausübt. Dies ist hier der Fall, wenn durch den Vertrag vom 29. Dezember 1888 die Verkäufer wieder so Eigentümer geworden sind, wie wenn sie nie verkauft hätten; denn dann konnten die Eheleute P. die im gemieteten Gasthause befindlichen Mobilien nur für die Kläger besitzen. Der Meinung, daß Art. 2279 deshalb Platz greife, weil der pfändende Gläubiger nach §§. 709 flg. C.P.O. einen dem des Faustpfandgläubigers ähnlichen Pfandbesitz erworben habe, welcher gleichfalls durch Art. 2279 geschützt sei, steht schon der Grund entgegen, daß mit der Klage aus §. 690 Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erhoben wird, daß sie wegen eines die Veräußerung hindernden Rechtes des Klägers zunächst die Befugnis des Besitzers zur Veräußerung bestreitet und dabei das durch §. 709 C.P.O. begründete Pfandrecht des betreibenden Gläubigers gar nicht in erster Reihe in Betracht kommt."[1]

---

71. Wirkung des Pfandrechtes an Gegenständen, welche zwar von Natur beweglich, aber als vom Eigentümer eines Grundstückes zur Bewirtschaftung oder Benutzung desselben dahin gebracht, zufolge L.R.S. 524 Abs. 1 nach ihrer Bestimmung unbeweglich sind.

II. Civilsenat. Urt. v. 6. Juni 1890 i. S. V. (Bekl.) w. Aktiengesellschaft Brauerei zum Münchener Kindl (Kl.). Rep. II. 90/90.

---

[1] Vgl. über die Entstehungsgeschichte des Art. 1184 Locré, Bd. 12 S. 104. 342 N. 70 S. 562. Für Auflösung durch Vertrag: Merlin, Que. de dr. v° Résolution §§. I. V (unter III); Demolombe, Bd. 25 N. 518; Aubry und Rau, §. 220 bis zu Anm. 9; Larombière, Neue Ausg. III. zu Art. 1184 N. 72; Zachariä, §§. 196. 302; Kassh. 10. März 1836, Sirey, 36. 1. 170. Gegen: Duranton, Bd. 16 S. 387; Laurent, Bd. 24 N. 371. Das Urteil des Kassh. vom 17. Juli 1848, Sirey, 48. 1. 470, welches für diese letztere Meinung angeführt wird, beruht, wie in der Anmerkung bei Sirey besonders hervorgehoben wird, auf der thatsächlichen Feststellung: qu'il est établi par l'arrêt que l'immeuble en question avait été cessé d'appartenir au mari par l'éffet d'une rétrocession amiable. D. E.

I. Landgericht Mannheim.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Aus den Gründen:

... „Das Oberlandesgericht hat ... mit Recht angenommen, daß, wenn Gegenstände, welche zwar von Natur beweglich, aber als vom Eigentümer eines Grundstückes zur Bewirtschaftung oder Benutzung desselben dahin gebracht, zufolge L.R.S. 524 Abs. 1 nach ihrer Bestimmung unbeweglich und von dem auf dem Grundstücke, als dessen liegenschaftliche Zugehörde sie gelten, ruhenden Pfandrechte miterfaßt sind, von einem dritten Gläubiger im Wege der Fahrnispfändung dem Zugriffe unterworfen werden wollen, der Unterpfandsgläubiger, sofern diese Gegenstände trotz der Pfändung noch nicht von dem Grundstücke entfernt, sondern noch mit demselben verbunden sind, sich einer im Wege der Fahrnispfändung erfolgenden, gesonderten Veräußerung (also einer Veräußerung ohne das Grundstück, als dessen liegenschaftliche Zugehörde sie rechtlich gelten) widersetzen kann, und zwar mit einer Widerspruchsklage gemäß §. 690 C.P.O. Das Oberlandesgericht ging hierbei mit Recht davon aus, es würde in einer derartigen, im Wege der Fahrnispfändung erfolgenden, gesonderten Veräußerung jener Zugehörden eine Beeinträchtigung der durch das Pfandrecht an dem Grundstücke und an dessen zufolge Bestimmung als unbeweglich geltenden Zugehörden dem Unterpfandsgläubiger gewährten Rechte, eine Verschlimmerung der ihm durch das Pfandrecht gegebenen Sicherheit liegen, welche er sich nicht gefallen zu lassen brauche.

Das Oberlandesgericht hat mit Recht auch weiter angenommen, es stehe dem Unterpfandsgläubiger die vorhin bezeichnete Befugnis nach badischem Rechte unabhängig davon zu, daß er seinerseits einen Liegenschaftszugriff erwirkt habe, und daher nicht etwa erst von dem in §. 55 des badischen Einführungsgesetzes vom 3. März 1879 zu den Reichsjustizgesetzen bezeichneten Zeitpunkte der Ankündigung des Versteigerungstages bei der Liegenschaftsvollstreckung an. Die Ausführungen des Oberlandesgerichtes in dieser Hinsicht sind zutreffend; insbesondere hat das Oberlandesgericht mit Recht angenommen, daß L.R.S. 2204a sich überhaupt nicht mit den besonderen Rechten beschäftige, welche das Unterpfandsrecht dem Pfandgläubiger in Ansehung der verpfändeten Liegenschaft nebst Zugehörden gewährt,

sondern vielmehr nur mit denjenigen Rechten, welche jeder betreibende Gläubiger als solcher durch eine in die Liegenschaften seines Schuldners erwirkte Vollstreckungsverfügung erwirbt."

---

72. 1. Ist bei der sog. déclaration de command, wenn die Versteigerung vor einem Notar geschieht, auch der vom später benannten Dritten erteilte Auftrag, für ihn zu steigern, öffentlich zu beurkunden?
2. Stellt Art. 135 des bürgerl. Gesetzbuches eine Vermutung für das Leben oder den Tod eines Abwesenden oder überhaupt keine Vermutung auf?

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Juni 1890 i. S. Ch. (Kl.) w. St. (Bekl.) Rep. II. 104/90.

I. Landgericht Zabern.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

In den Gründen zum reichsgerichtlichen Urteile, durch welches dasjenige des Berufungsgerichtes aufgehoben wurde, ist betreffs obiger Fragen ausgeführt.

Aus den Gründen:

„Die Klage gegen die Tochter und Benefiziarerbin des St. ist aus zwei Gründen abgewiesen worden, von welchen keiner für zutreffend erachtet werden kann.

1. In dem ersten Teile der Begründung wird für unbestritten erklärt, daß bei der Versteigerung vom 24. Mai 1889 der ausdrückliche Vorbehalt in die verlesenen Bedingungen aufgenommen worden sei, daß der Steigerer binnen 24 Stunden einen Auftraggeber namhaft machen könne, daß sodann H., welchem der Zuschlag erteilt worden ist, sofort den St. als den Erwerber bezeichnet und dieser die Erklärung angenommen habe. Diesen Thatsachen wird jedoch die rechtliche Wirkung gegen St. versagt, weil die Auftragserklärung in notarieller Form hätte beurkundet, also vom Steigerer hätte unterschrieben werden müssen, St. aber seine Unterschrift verweigert habe.

Diese rechtliche Auffassung läßt sich aber nicht aus dem Wesen der sog. déclaration de command herleiten. Dieselbe ist eine in den

Steigerungsbedingungen angebotene Übereinkunft zwischen Versteigerer (Verkäufer) und demjenigen, welcher durch Angebot und Zuschlag Käufer wird und auch jene Vertragsofferte annimmt, daß dieser binnen einer bestimmten Frist einen anderen als Käufer benennen dürfe, welcher dann an die Stelle des Steigerers trete. Eine solche Vereinbarung, nach welcher der Meistbietende nur bis zu der vorbehaltenen Benennung des Anderen, der ihm dann substituiert wird, Käufer sein und nur Käufer bleiben soll, wenn er innerhalb der Frist von seiner Befugnis nicht Gebrauch macht, wird in Wissenschaft und Rechtsprechung für statthaft erklärt, und die Fragen, ob sie den Kauf befriste, ob sie als aufschiebende oder auflösende Bedingung zu beurteilen sei, können hier unerörtert bleiben. Sie setzt, was das Verhältnis zwischen dem Steigerer und dem später benannten Dritten betrifft, nicht notwendig einen Auftrag voraus, der erstere kann auch als Geschäftsführer gehandelt haben und der letztere dies genehmigen. Bestand aber schon vor der Versteigerung ein Auftragsverhältnis, so sind für dieses und seinen Beweis die vom Auftrage geltenden Rechtssätze maßgebend, und daß schon bei der Versteigerung die Erklärung abgegeben werde, kann jedenfalls dann nicht erforderlich sein, wenn für deren Abgabe eine Frist gesetzt ist.

War die Versteigerung, wie im gegebenen Falle, eine freiwillige, so war in Ermangelung besonderer, hier gar nicht behaupteter Verabredungen (Steigerungsbedingungen oder Ankündigungen) die notarielle Beurkundung weder zur rechtlichen Wirksamkeit notwendig, noch das einzig zulässige Beweismittel. Wenn daher auch auf Grund der Artt. 14. 68 des Gesetzes vom 25. ventôse XI wegen Fehlens der Unterschriften der Beteiligten die öffentliche Urkunde vom 24. Mai 1889 für ungültig erachtet werden sollte, so würde davon die rechtliche Wirksamkeit der abgegebenen Erklärungen nicht berührt, und auf die Beweiskraft der Urkunde kann es weiter nicht ankommen, weil die Vorgänge als unbestrittene eines Beweises überhaupt nicht bedürfen. Die Ausführungen im Berufungsurteile verletzen daher die Artt. 1134. 1583. 1985 des bürgerl. Gesetzbuches.

2. Der zweite Grund der Abweisung ist der, daß das Gebot jedenfalls nur unter der Voraussetzung erfolgt sei, daß die Versteigerin in der Lage sei, dem Käufer das Eigentum zu übertragen, daß dieselbe jedoch nicht Alleineigentümerin sei. An sich erscheint es, ab-

gesehen davon, ob hier der Begriff der Voraussetzung zutreffe, richtig, daß der Steigerer der Klage auf Erfüllung die Nichtigkeit des Kaufes (Art. 1599 des bürgerl. Gesetzbuches) entgegensetzen kann, wenn der Verkäufer nicht Eigentümer gewesen ist. Dies gilt auch, wenn derselbe nur Miteigentümer war, der Käufer davon keine Kenntnis hatte, und, wie hier nach den Umständen anzunehmen ist, daß er nur das ungeteilte Ganze kaufen wollte. Den übrigen Gründen aber, aus welchen der Einrede stattgegeben wurde, kann nicht beigepflichtet werden. . . .

Daraus, daß bezüglich des Bruders die Abwesenheit feststeht, folgt die Anwendbarkeit der Artt. 135 flg. des bürgerl. Gesetzbuches, welche von der Abwesenheit überhaupt, nicht bloß von der Verschollenheit gelten. Nach der richtigen und auch herrschenden Auslegung stellt aber Art. 135 weder eine Vermutung für das Leben, noch eine solche für den Tod eines Abwesenden auf; es ist vielmehr Grundsatz, daß derjenige, welcher auf den Tod oder das Leben einen Anspruch gründet, diese Thatsache zu beweisen habe. Diesem Grundsatze gemäß, und weil niemand sich auf die Existenz eines Abwesenden zur Zeit des Todes eines gemeinsamen Erblassers berufen kann, nehmen zufolge des Art. 136 die anwesenden Erben dessen Anteil an sich. Demnach liegt demjenigen, welcher mit der Behauptung des Lebens des Abwesenden deren ausschließliche Berechtigung bestreitet, der Beweis dieser Behauptung ob. Die Auffassung des Berufungsgerichtes, daß die Klägerin weiter als geschehen ihr Alleineigentum zu beweisen habe, verletzt daher die Artt. 135. 136 des bürgerl. Gesetzbuches.

Es besteht auch keine allgemeine Vermutung für das Fortleben (wie in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 13 S. 37 aufgestellt wird), sodaß, um ein Recht auf das Dasein einer Person zu einer bestimmten Zeit zu stützen, der Beweis genügen würde, daß dieselbe irgend einmal gelebt habe.

Vgl. Windscheid, §. 53; Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches §. 4 nebst Motiven S. 31.[1]

Davon, daß das Gesetz vom 11. ventôse II überhaupt noch Geltung habe, kann abgesehen werden, weil dasselbe zu Gunsten der „defenseurs de la patrie“ erlassen, also jedenfalls nicht auf den hier

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 25 S. 142. D. R.

in Frage stehenden Bruder anwendbar ist, welcher durch Urteil des Landgerichtes zu Z. vom 14. Dezember 1883 wegen Verletzung der Wehrpflicht verurteilt worden ist. Daß der Staat auf den Erbteil des Abwesenden einen Anspruch erhoben hatte, ist nicht behauptet."

---

73. 1. Nach welchem örtlichen Rechte ist die Kompensationseinrede zu beurteilen?
2. Auslegung des Art. 1049 des bürgerl. Gesetzbuches.

II. Civilsenat. Urt. v. 1. Juli 1890 i. S. der Konkursmasse des G. Sp. (Kl.) w. W. Sp. (Bekl.) Rep. II. 116/90.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 15 S. 66 abgedruckt.

V. Prozeßrecht.

74. Kann gegenüber einer Klage, mit welcher aus einem Vertrage der Parteien auf Erfüllung geschuldeter Leistungen geklagt wird, die Einrede der Rechtshängigkeit damit begründet werden, daß der Beklagte gegen den Kläger eine Klage auf Wiederaufhebung gedachten Vertrages wegen Betruges anhängig gemacht habe?

II. Civilsenat. Urt. v. 28. März 1890 i. S. Kn. u. Ehefrau (Bekl.) w. Witwe K. (Kl.) Rep. II. 38/90.

I. Landgericht Metz.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Nach dem Tode des H. K. ist eine Erbauseinandersetzung zwischen dessen Witwe, der Klägerin, für sich und namens ihrer minderjährigen Kinder einerseits, und der erstehelichen Tochter des Erblassers, der Ehefrau Kn., andererseits zustande gekommen, in welcher der letzteren ein Hofgut gegen die Verpflichtung überwiesen wurde, ihrer Stiefmutter eine lebenslängliche Rente und an die Erbmasse eine vom 1. April 1883 mit 4 Prozent zu verzinsende Abfindung von 29 395 ℳ zu zahlen. Mit einer im April 1889 bei dem Landgerichte zu Metz erhobenen Klage begehrte die Klägerin als Nutznießerin der Erbmasse die zweijährigen Zinsen dieser Abfindungssumme bis 1. April 1889 mit 2351 ℳ. Die beklagten Eheleute haben der Klage die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt, weil über den gleichen Rechtsanspruch zwischen den Parteien ein Rechtsstreit bei dem Landgerichte zu Hildesheim schwebe. Die jetzigen Beklagten haben nämlich bei letzterem Gerichte im Dezember 1886 gegen die Witwe K.

eine auf Betrug und Irrtum gestützte Klage mit dem Antrage erhoben: daß auf Kosten der Beklagten die Erbauseinandersetzungsverträge vom 21./28. März 1884 wieder aufzuheben seien.

Das Landgericht zu Metz hat die Klage abgewiesen, weil es die Einrede der Rechtshängigkeit für begründet erachtete. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil aufgehoben, die Einrede der Rechtshängigkeit verworfen und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen. Die gegen letzteres Urteil von den Beklagten eingelegte Revision wurde als unbegründet zurückgewiesen. Deren Antrag war in erster Linie auf Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteiles, eventuell auf Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gerichtet, weil dieses selbst zu erwägen gehabt habe, ob die von ihm nicht verkannte Präjudizialität des den Gegenstand des Hildesheimer Prozesses bildenden Rechtsverhältnisses die Aussetzung der Verhandlung nach §. 139 C.P.O. rechtfertige, äußersten Falles dahin, daß das Revisionsgericht selbst die Aussetzung anordnen möge, bis über die bei dem Landgerichte Hildesheim anhängige Klage rechtskräftig entschieden sei.

Aus den Gründen:

... „Zunächst konnte die hauptsächliche, gegen die Verwerfung der Einrede der Rechtshängigkeit gerichtete Rüge nicht für begründet erachtet werden.

Die Bedeutung der Einrede der Rechtshängigkeit besteht darin, daß dem Beklagten das Recht zuerkannt wird, Einsprache dagegen zu erheben, daß er gleichzeitig zu einer zweiten Verhandlung in einem neuen Rechtsstreite über die nämliche Streitsache gezwungen werde. Sie hat, wie die Motive zu §. 227 des Entwurfes der Civilprozeßordnung anführen, denselben Umfang wie die exceptio rei judicatae (vgl. §. 283 des Entwurfes). Es handelt sich daher um Identität der Parteien und des zur richterlichen Entscheidung gestellten Anspruches nach seinem Grunde und Gegenstande (eaedem personae, eadem quaestio, eadem causa). Im vorliegenden Falle ist nun zwar die Identität der Personen vorhanden, wenngleich von diesen in dem bei dem Landgerichte zu Hildesheim anhängigen Prozesse in umgekehrter Parteirolle gestritten wird, allein es fehlt an der Identität der zur richterlichen Entscheidung gestellten Ansprüche. Gleichgültig

ist zwar, daß die vorliegende Klage nur in Beziehung auf einen Teil der übernommenen Leistungen die Erfüllung des Vertrages vom 21./28. März 1884 beantragt. Allein diese Klage hat nur das Zustandekommen genannten Vertrages zur Grundlage ihres Erfüllungsbegehrens, während die von den jetzigen Beklagten in Hildesheim anhängig gemachte Klage nicht etwa die negative Feststellungsklage bezüglich des Vertragsverhältnisses ist, sondern, wie das Oberlandesgericht, jedenfalls ohne Verletzung revisibeln Rechtes, entschieden hat, als eine auf Betrug gestützte Rescissionsklage aufzufassen ist, welche den Anspruch auf Wiederaufhebung des geschlossenen Vertrages wegen von der jetzigen Klägerin gegen die Beklagten dabei angewendeter betrügerischer Vorspiegelungen verfolgt. Wäre bereits diesem Antrage entsprechend auf Wiederaufhebung des Vertrages erkannt, so würde aus diesem Urteile allerdings eine Einrede abgeleitet werden können, welche zur Abweisung des Erfüllungsanspruches der gegenwärtigen Klage führen müßte. Allein dieser Erfolg kann mit der Einrede der Rechtshängigkeit nicht antizipiert werden, vielmehr besteht die Bedeutung dieser Einrede, wie angeführt, nur darin, eine gleichzeitige Verhandlung über die nämliche Klage zu verhindern. Daß einer Wiederholung der früheren Klage als Widerklage in dem vorliegenden Rechtsstreite die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden könnte, rechtfertigt nicht den Schluß, daß diese Einrede auch den Beklagten zustehen müsse; letztere können sich des Stoffes ihrer Klage zur Begründung der Einrede des Betruges bedienen, ohne durch die Replik der Rechtshängigkeit hieran gehindert werden zu können; allein gerade daß es sich um eine Einrede im materiellen Sinne handelt, zeigt, daß Identität mit der Klage nicht vorliegt. Hierzu mangelt die Gleichheit der beiden Streitsachen nach den geltend gemachten Ansprüchen, indem hier auf Erfüllung eines gültig abgeschlossenen Vertrages geklagt wird, dort aber auf Wiederaufhebung des nämlichen Vertrages auf Grund der Thatsache eines dessen Anfechtbarkeit begründenden Betruges, durch welchen die Klägerin das Zustandekommen des Vertrages herbeigeführt haben soll.

Von der Identität ist streng zu scheiden die Präjudizialität, von welcher §. 139 C.P.O. handelt. Die hier dem Richter eingeräumte Aussetzungsbefugnis findet nicht gegenüber der Einrede der Rechtshängigkeit statt, denn wenn diese Einrede vorgeschützt ist, setzt die An-

wendung jener Befugnis gerade voraus, daß Identität der anhängigen Streitsache nicht vorliege.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 403.

Es ist daher auch die weitere Rüge der Revisionskläger unbegründet. Das Oberlandesgericht war durch die Berufung der Klägerin lediglich mit der Entscheidung über die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit befaßt, konnte dieser gegenüber nicht die Aussetzung auf Grund des §. 139 C.P.O. verfügen und hatte mit der Verwerfung der Einrede gemäß §. 500 Ziff. 2 C.P.O. die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

Ebensowenig ist das Revisionsgericht in der Lage, die Aussetzung der Verhandlung zu verfügen, da auch ihm gegenüber der Einrede der Rechtshängigkeit diese Befugnis nicht zusteht. Ein dahingehender Antrag kann in diesem Rechtsstreite zunächst nur bei dem Landgerichte zu Metz, an welches die Sache zur weiteren Verhandlung zurückgeht, angebracht werden."

---

75. 1. Bezieht sich der §. 217 C.P.O. auch auf Singularsuccessoren von Todes wegen? Ist insbesondere der Fideikommißnachfolger als Rechtsnachfolger im Sinne des Gesetzes zu betrachten?

2. Kann der Rechtsnachfolger, welcher den Prozeß in der Rolle des Klägers aufnimmt, in der Berufungsinstanz Rechte aus eigener Person wider den Prozeßgegner geltend machen?

III. Civilsenat. Urt. v. 4. Februar 1890 i. S. des Grafen W. v. N. L. W. (Kl.) w. den Grafen Fr. W. zu A. L. W. (Bekl.) Rep. III. 105/89.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Gemeines Recht" Nr. 26 S. 135 abgedruckt.

---

76. Umfang der Rechtskraft eines im Wechselprozesse ergangenen Urteiles.

I. Civilsenat. Urt. v. 27. März 1890 i. S. K. (Kl.) w. Sch. & E. (Bekl.) Rep. I. 23/90.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Preußisches Recht" Nr. 47 S. 250 abgedruckt.

---

77. Kann im Schiedsvertrage die Ernennung der Schiedsrichter einem Dritten überlassen werden? Muß dieser Dritte notwendig individuell bestimmt sein? Einreden gegen den Schiedsspruch.
C.P.O. §§. 854. 866. 867. 868.

III. Civilsenat. Urt. v. 11. April 1890 i. S. der Firma S. W. & Co. (Kl.) w. die Firma Z. K. (Bekl.) Rep. III. 9/90.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die in New York domizilierte Klägerin schloß im Januar 1888 durch Vermittelung ihres Generalagenten S. C. in Mainz mit der Beklagten, welche ein Getreidegeschäft in Darmstadt betreibt, ein Spekulationsgeschäft dahin ab, daß die Beklagte von der Klägerin 8000 Bushel Weizen, lieferbar in New York täglich im Laufe des Monats Dezember 1888 nach Wahl der Beklagten, zum Preise von $97^1/_8$ C. per Bushel zu den Konditionen und auf Basis der Regulative der dortigen Börse und der zwischen den Parteien schriftlich vereinbarten besonderen Bedingungen kaufte, bezw. daß die Klägerin diesen Weizen als selbstkontrahierende Kommissionärin für die Beklagte verkaufte. Die angezogenen besonderen Konditionen lauteten:

Abs. 2. „Auf Verlangen der Herren S., W. & Co. sind Auftraggeber verpflichtet, Original- und Additional-Margins zu zahlen. Falls solches Verlangen nicht sofort erfüllt wird, sind die Herren S., W. & Co. berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, sofort zum Marktwerte abzunehmen."

Abs. 5. „Bei Meinungsverschiedenheiten, Differenzen und Streitigkeiten verzichten beide Teile hiermit ausdrücklich auf den Regreß an die Gerichte und unterwerfen sich ohne weitere Einrede dem Schiedsspruche guter Mannschaft, welche von der Handelskammer zu ernennen ist."

Die Parteien tauschten hierüber Schlußscheine aus. Das an die Beklagte gerichtete Schreiben ist von London, woselbst die Klägerin eine Filiale besitzt, datiert und auf ein gedrucktes Formular geschrieben; das an die Klägerin gerichtete Schreiben ist an deren Hauptniederlassung in New York adressiert und enthält Abschrift der Bedingungen als Anlage.

Der von der Klägerin verkaufte Weizen stieg inzwischen im Preise, und es gerieten die Parteien über die von dem Agenten C. namens der Klägerin verlangten Nachschüsse (Additional-Margins) in Streit. Letztere ließ am 8. Oktober 1888 die 8000 Bushel Weizen per Dezember 1888 an der New Yorker Börse zum Preise von 123 Cts. zurückkaufen. Die Preisdifferenz zwischen Verkaufs- und Ankaufspreis, einschließlich Kommissionsgebühr und Auslagen, wurde bei einem — auf Anstehen der Klägerin — durch die Handelskammer zu Darmstadt ernannten Schiedsgerichte, bestehend aus drei in Darmstadt wohnhaften Mitgliedern, geltend gemacht. Der vorgebrachten Einwendungen ungeachtet, verurteilte das Schiedsgericht unterm 27. März 1889 die Beklagte zur Zahlung der geforderten Summe und hinterlegte den Schiedsspruch bei der Gerichtsschreiberei.

Nunmehr suchte die Klägerin mittels Klage bei dem Handelsgerichte zu Darmstadt um Vollstreckung des Schiedsspruches nach, während die Beklagte ihre Zahlungspflicht aus dem Schiedsspruche bestritt und einredeweise vorbrachte:

„1. Irgend welche mündliche Beredung über den Schiedsvertrag sei nicht erfolgt, der auf dem gedruckten Formulare befindliche Schlußsatz aber unverständlich, verworren und keiner zulässigen Auslegung fähig. Auf jeden Fall mangele es an einer unzweifelhaften Bezeichnung des Schiedsgerichtes. Denn es sei nicht angegeben, wieviel Schiedsrichter die „gute Mannschaft" bilden sollten, und welche Handelskammer das Schiedsgericht zu ernennen habe. Der Vertrag sei aus London datiert, in Mainz abgeschlossen und in New York zu erfüllen, während sie, die Beklagte, in Darmstadt, die Klägerin in New York wohne. Letzterer Ort sei daher auch für die Bestellung des Schiedsgerichtes maßgebend.

2. Angenommen aber, es sei die Handelskammer zu Darmstadt als diejenige des Ortes, an welchem sie, die Beklagte, domiziliert sei, zur Bestellung des Schiedsgerichtes zuständig, so ergebe sich

hieraus erst recht die Ungültigkeit des Schiedsspruches. Denn dann habe es vom Zufalle abgehangen, welche Handelskammer das Schiedsgericht zu ernennen habe, je nachdem die Klägerin oder die Beklagte in letzterer Eigenschaft Recht nehmen müsse, und es wären zwei Schiedsgerichte, eines in New York und eines in Darmstadt, vorgesehen.

3. Eventuell liege ein ungültiges, reines Differenzgeschäft vor."

Die erste Instanz hat ... die Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruche für zulässig erachtet, die zweite Instanz auf Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und den Schiedsspruch vernichtet.

Das Reichsgericht stellte das erste Urteil wieder her.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter hat das von der Kammer für Handelssachen auf Grund des §. 868 C.P.O. erlassene Vollstreckungsurteil aufgehoben und den Schiedsspruch ... selber vernichtet, weil der Schiedsvertrag sich nicht darüber ausspreche, auch sonst keine Merkmale zur Entscheidung der Frage darbiete, welche Handelskammer die Befugnis zur Ernennung der Schiedsrichter haben solle. Es wird ausgeführt: „daß nach Inhalt des Vertrages nicht etwa für die Ansprüche einer jeden Partei eine andere Handelskammer das Ernennungsrecht haben solle, und die Wahrscheinlichkeit sowohl gegen die Wahl der Handelskammer zu New York, als gegen die zu Darmstadt spreche. Auf keinen Fall liege ein Anhaltspunkt dafür vor, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages gerade an Darmstadt gedacht hätten. Den unausgesprochenen Willen der Parteien durch eigene Wahl zu ersetzen oder den in einem wesentlichen Punkte unvollständigen Vertrag zu ergänzen, sei der Richter nicht ermächtigt."

Die hiergegen eingelegte Revision mußte für begründet erachtet werden.

Daß die Kontrahenten auf einen Dritten kompromittieren konnten, welcher das zur Entscheidung etwaiger Streitigkeiten aus dem Kommissionsvertrage niederzusetzende Schiedsgericht ernennen sollte, steht außer Zweifel. Insofern dies nach gemeinem Rechte streitig war, sind jetzt die materiell-rechtlichen Vorschriften der §§. 854 flg. C.P.O. maßgebend, wonach nicht mehr die Bestellung bestimmter Personen als Schiedsrichter im Schiedsvertrage selber erforderlich erscheint, das

Ernennungsrecht vielmehr dem Belieben der Parteien anheimgegeben ist, einer Partei allein oder auch einer dritten Person überlassen werden darf.

Hiervon ausgegangen kann man es nicht als ein notwendiges Erfordernis zur Gültigkeit eines Schiedsvertrages ansehen, daß der Dritte, welcher nach der Vereinbarung der Parteien die Schiedsrichter auswählen soll, zum voraus individuell bestimmt werde; man wird es unter Umständen als genügend betrachten müssen, wenn jener Dritte nur generell und zwar derart bezeichnet wird, daß seine demnächstige Anrufung, wenn auch nicht dem erklärten, doch dem wahren Willen der Kontrahenten entspricht. Nun stellt der Vorderrichter ohne Rechtsirrtum thatsächlich fest, daß die Parteien die Handelskammer, welche das zur Schlichtung etwaiger Streitigkeiten einzusetzende Schiedsgericht zu berufen habe, unbestimmt gelassen hätten. Statt aber hieraus die Folgerung zu ziehen, daß sich die Parteien damit von selbst der Handelskammer desjenigen Ortes, an welchem eintretenden Falles bei dem zuständigen Gerichte Klage erhoben werden würde, unterworfen haben, unterstellt er ohne weiteres, daß die individuelle Bezeichnung der Handelskammer ein wesentlicher Bestandteil des eingegangenen Rechtsgeschäftes sei, und kommt auf diese Weise zu dem Schlusse, daß der nicht erklärte Wille der Kontrahenten auch nicht durch dispositive Rechtsvorschriften ergänzt werden könne.

Zu einer derartigen Annahme bietet der vorliegende Vertrag keinen zureichenden Grund. Dagegen spricht der klare Wortlaut desselben, welcher nicht etwa von einer nach bloßer Willkür der einen oder der anderen Partei auszuwählenden Handelskammer, sondern von „der Handelskammer" redet und damit unverkennbar zum Ausdrucke bringt, daß die Handelskammer im Bezirke desjenigen Gerichtes ins Auge gefaßt ist, vor welchem die Klage hätte erhoben werden müssen; dagegen die Erwägung, daß die Schiedsgerichte an die Stelle der ordentlichen Gerichte zu treten bestimmt sind, mithin die Schritte, welche zur Bildung des vereinbarten Schiedsgerichtes führen sollen, im Zweifel auch nur am Orte des demnächstigen Prozeßgerichtes vorzunehmen sind; dagegen endlich der Umstand, daß, gleichwie die klagende Partei bei mehreren möglichen Gerichtsständen die Wahl hat, den Beklagten bei dem ihr geeignet scheinenden Gerichte zu belangen, ihr auch bei mehreren möglichen Personen, welche zur Ernennung

eines vereinbarten Schiedsgerichtes an sich berufen sind und sein können, das Wahlrecht zustehen muß.

Im vorliegenden Falle waren mögliche Gerichtsstände für die Beklagte New York als Erfüllungsort des Vertrages,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 89, Bd. 23 S. 412,

und Darmstadt als Ort ihrer Handelsniederlassung. An die Handelskammer eines dieser Orte konnte sich die Klägerin zur Bestellung des Schiedsgerichtes wenden, und sie verstieß weder gegen den Inhalt des Vertrages, noch gegen gesetzliche Vorschriften, sondern machte nur von einem ihr zustehenden Rechte Gebrauch, wenn sie die Handelskammer am Wohnsitze der Beklagten anging.

Die allgemeinen Erwägungen endlich, von denen sich der Berufungsrichter bei seinem Erkenntnisse leiten ließ, sind unzutreffend. Auf Schwierigkeiten in der Ausführung der Ergänzung des nicht erklärten Vertragswillens für den Fall, daß etwa beide Teile gleichzeitig ein Schiedsgericht anzugehen für nötig erachten sollten, und die eine Partei die Handelskammer in Darmstadt, die andere diejenige zu New York um Bestellung der Schiedsrichter anrufen würde, könnte doch nur Gewicht gelegt werden, wenn der vorausgesetzte Fall wirklich eingetreten wäre. Bloß mögliche Schwierigkeiten sind offenbar nicht zu beachten. Eventuell würden sie nach den Grundsätzen über die Prävention oder die Kollision der Rechte zu lösen sein. Das Oberlandesgericht übersieht aber auch, daß sich die nämlichen Bedenken, die es angeregt hat, erheben können, wenn die Parteien die ordentlichen Gerichte zum Austrage ihrer Streitigkeiten angehen würden, und daß in diesem Falle niemand der Klägerin das Recht bestreiten würde, ihre Ansprüche an die Beklagte entweder im Gerichtsstande des Erfüllungsortes oder dem der Handelsniederlassung der Beklagten zu verfolgen. . . .

Die sonstigen Einwendungen der Beklagten gegen den Schiedsspruch sind in den Vorinstanzen mit Recht zurückgewiesen. Die Feststellung des Vorderrichters, daß der Verzicht auf den Regreß an die Gerichte nur besagen soll, daß die Gerichte nicht zur Entscheidung etwaiger Streitigkeiten angerufen werden dürften, und mit der Bezeichnung der Schiedsrichter als „guter Mannschaft" nur die Eigenschaft derselben als redlicher und erfahrener Männer habe charakterisiert werden sollen, ist thatsächlicher Natur und unterliegt nicht der Nach-

prüfung in der Revisionsinstanz. Die Ernennung dreier, statt zweier Schiedsrichter ist unbedenklich für zulässig zu erachten; der §. 854 C.P.O. bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Parteien sich selbst die Ernennung der Schiedsrichter ohne Übereinkunft über deren Zahl vorbehalten haben, nicht aber auf den Fall der Übertragung des Ernennungsrechtes auf einen Dritten. Die Einrede des ungültigen Differenzgeschäftes konnte wohl vor dem Schiedsgerichte, sie kann aber nicht im Verfahren vor dem ordentlichen Gerichte behufs Erlasses eines Vollstreckungsurteiles (§§. 868 flg. C.P.O.) vorgeschützt werden. Denn der Schiedsspruch hat nach §. 866 daselbst die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteiles und kann nur im Wege der Klage oder Einrede nach Maßgabe des Gesetzes angefochten werden. Zu den Anfechtungsgründen gehört aber nicht die angebliche Verletzung von Vorschriften des materiellen Rechtes. Der §. 867 Ziff. 2 C.P.O. findet schon seinem Wortlaute nach auf einen Fall der vorliegenden Art keine Anwendung, da die Beklagte nicht zur Vornahme einer verbotenen, d. h. einer im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht erzwingbaren Handlung angehalten werden soll."

---

78. Gebühren eines Rechtsanwaltes, welcher in einer Instanz neben dem eigentlichen Anwalte dieser Instanz in verschiedenen Beziehungen für die Partei thätig geworden ist.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte §§. 44. 45.

VI. Civilsenat. Beschl. v. 14. April 1890 i. S. K. Wwe. (Kl.) w. Preuß. Fiskus (Bekl.). Beschw.-Rep. VI. 41/90.

I. Landgericht Bromberg.
II. Oberlandesgericht Posen.

Aus den Gründen:

„Es handelt sich um die Festsetzung der nach dem vollstreckbaren Urteile ... der Klägerin vom Beklagten zu erstattenden Kosten, und zwar insbesondere der dem Rechtsanwalte Dr. H. zu Bromberg, welcher schon in der ersten Instanz Prozeßbevollmächtigter der Klägerin gewesen war, für seine Thätigkeit in der Berufungsinstanz zukommenden Gebühren. Das Landgericht hat der Klägerin von den 72 ℳ,

welche ihr Dr. H. im ganzen an solchen Gebühren für sich in Ansatz gebracht hatte, zweimal die halbe Gebühr mit je 24 ℳ zugebilligt, nämlich einmal als sog. Korrespondenzgebühr nach §. 44 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte und zweitens als Beweisgebühr nach §. 45 das., während es die halbe Prozeßgebühr dieses §. 45 deshalb gestrichen hat, weil die Thätigkeit des Dr. H. in der Berufungsinstanz sich nicht auf die Vertretung der Klägerin in dem zur Beweisaufnahme bestimmten Termine beschränkt, er vielmehr schon als sog. Korrespondenzmandatar derselben die halbe Gebühr aus §. 44 des Gesetzes verdient habe. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen von der Klägerin erhobene sofortige Beschwerde zurückgewiesen, ebenso auch die Beschwerde des Beklagten in Ansehung der 24 ℳ aus §. 44 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte; dagegen hat es auf die letztere Beschwerde die Beweisgebühr von 24 ℳ noch abgesetzt und zwar aus dem Grunde, weil außerdem schon eine Beweisgebühr für die Berufungsinstanz aus §. 13 Nr. 4 desselben Gesetzes zu Gunsten des eigentlichen Prozeßbevollmächtigten der bezeichneten Instanz, des Rechtsanwaltes v. G., der doch keinen Beweisaufnahmetermin wahrgenommen habe, zugebilligt sei, nach §. 25 das. aber in jeder Instanz der Rechtsanwalt die Beweisgebühr nur einmal fordern könne, also die Gegenpartei dieselbe auch nur einmal zu erstatten brauche.

Dieser Grund konnte nicht für zutreffend erachtet werden, denn der §. 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte beschränkt nur jeden einzelnen Rechtsanwalt auf einmaligen Bezug einer jeden der im §. 13 benannten Gebühren in jeder Instanz.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 409.

Davon ganz zu trennen ist aber die Frage, ob die kostenpflichtige Gegenpartei die Kosten mehr als eines Rechtsanwaltes für dieselbe Instanz zu erstatten schuldig sei, eine Frage, welche nach §. 87 C.P.O. zu entscheiden ist. Nach dieser Gesetzesbestimmung wäre vielleicht eine doppelte Auffassung eines Falles wie des vorliegenden möglich. Entweder man verstünde den §. 87 Abs. 2 dahin, daß jede Partei in Ansehung der Kostenerstattung schlechthin eine Recht darauf habe, bei jedem einzelnen gerichtlichen Vorgange einen Rechtsanwalt zuzuziehen, bezw. sich von ihm vertreten zu lassen, insofern ihr ein solcher Rechtsanwalt zu Gebote stehe, durch dessen Mitwirkung keine Reisekosten entstehen: dann gehörte der Fall, wo eine Beweisaufnahme

an einem anderen Orte als dem des Prozeßgerichtes durch einen ersuchten Richter stattfindet, insofern im Sinne jener Gesetzesbestimmung eventuell zu den Fällen, wo „in der Person des Rechtsanwaltes ein Wechsel eintreten mußte"; oder man gäbe der Partei nach §. 87 Abs. 2 zunächst nur das Recht auf Zuziehung eines Rechtsanwaltes für jede Instanz im ganzen: dann wäre in einem Falle der vorliegenden Art zu erwägen, ob die Kosten einer Reise des eigentlichen Prozeßbevollmächtigten nach dem Orte der Beweisaufnahme deshalb für erstattungsfähig zu erklären gewesen sein würden, weil seine Zuziehung bei der Beweisaufnahme als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, bezw. Rechtsverteidigung notwendig erschienen sein würde, und wären im Bejahungsfalle die Kosten des anderen Rechtsanwaltes so weit zur Erstattung festzusetzen, als sie die erwähnten hypothetischen Reisekosten nicht übersteigen. Welcher dieser Auffassungen, von denen die zweite von dem gegenwärtig entscheidenden Senate früher einmal in der Beschwerdesache Rep. VI. 77/88 der Entscheidung zu Grunde gelegt worden ist, der Vorzug gebühre, konnte hier dahingestellt bleiben; denn jedenfalls erschien hier die Zuziehung eines Rechtsanwaltes bei der fraglichen Beweisaufnahme als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig, und ferner stand es außer Zweifel, daß die streitigen 24 ℳ nebst den durch die betreffende Korrespondenz entstandenen Auslagen den Betrag der Kosten, welche durch eine Reise des Rechtsanwaltes v. G. von Posen nach Bromberg zum Beweisaufnahmetermine verursacht sein würden, nicht erreichen.

Immerhin würden dennoch von der Kostenrechnung der Klägerin noch 24 ℳ zu streichen sein, wenn, wie das Oberlandesgericht andeuten zu wollen scheint, der Rechtsanwalt v. G. deshalb keinen Anspruch auf die Beweisgebühr gehabt haben sollte, weil er keinen Beweisaufnahmetermin wahrgenommen hat; denn es handelt sich jetzt nicht um die Gebührenforderung des Rechtsanwaltes Dr. H. als solche, sondern nur um den Kostenerstattungsanspruch der Klägerin im ganzen. Es würde indessen ganz irrig sein, dem ersteren Rechtsanwalte aus dem angegebenen Grunde die Beweisgebühr abzusprechen; denn, wie das Reichsgericht in den Entsch. in Civils. Bd. 12 S. 393 und seitdem wiederholt ausgesprochen hat, wird die Beweisgebühr durch jede Vertretung der Partei im Beweisaufnahmeverfahren verdient, und im vorliegengen Falle hat der Rechtsanwalt v. G. für die

Klägerin die amtsgerichtliche Ladung zum Beweisaufnahmetermine entgegengenommen und ohne Zweifel den Rechtsanwalt Dr. H. mit der Vertretung der Klägerin in diesem Termine beauftragt.

Vgl. übrigens Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 407 flg.

Endlich ist hier noch einem Bedenken näher zu treten, welches die Konsequenz desjenigen Grundes zu sein scheint, aus dem das Landgericht die halbe Prozeßgebühr des §. 45 Abs. 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte hier abgesetzt hat. Wenn der Rechtsanwalt deshalb, weil seine Thätigkeit sich nicht auf die Vertretung im Beweisaufnahmetermine beschränkt hat, nicht die halbe Prozeßgebühr, die ihm für den Fall dieser Beschränkung neben der Beweisgebühr zugesichert ist, sondern nur die Beweisgebühr erhalten soll, so könnte man vielleicht sogar nicht ohne Anschein fragen, auf Grund welcher Bestimmung ihm dann auch nur die letztere zukommen solle; jedenfalls aber müßte man dem Rechtsanwalte Dr. H. die Korrespondenzgebühr aus §. 44 Abs. 1 absprechen, weil diese ja nur demjenigen Rechtsanwalte zustehen soll, welcher lediglich den Verkehr der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten der Instanz führt, während hier der Rechtsanwalt Dr. H. außerdem auch Vertreter der Partei im Beweisaufnahmetermine gewesen ist. Daß beide vorige Instanzen übereinstimmend die Korrespondenzgebühr zugesprochen haben, würde hiergegen nicht in Betracht kommen, da es sich, wie schon oben hervorgehoben, jetzt nur um den Erstattungsanspruch der Klägerin im ganzen handelt. In der That scheint auch die Zubilligung der Korrespondenzgebühr des §. 44 als solcher dort ausgeschlossen zu sein, wo der betreffende Rechtsanwalt noch außerdem als Vertreter der Partei in derselben Instanz thätig gewesen ist, und das gleiche würde dann wirklich auch von der halben Prozeßgebühr des §. 45 gelten. Aber dies wäre dann nur in dem Sinne zu nehmen, daß der Rechtsanwalt, der nicht lediglich Korrespondenzmandatar und nicht lediglich Vertreter in einem nur zur Leistung des durch ein Urteil auferlegten Eides oder nur zur Beweisaufnahme bestimmten Termine gewesen ist, als zweiter Prozeßbevollmächtigter der Partei für die betreffende Instanz auf Grund des §. 13 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte die volle Prozeßgebühr und, falls er im Beweisaufnahmeverfahren Vertretung geleistet hat, außerdem die Beweisgebühr beanspruchen dürfte, wie auch schon vom

Reichsgerichte ausgesprochen worden ist in der Beschwerdesache Rep. III a. 73/86.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 408 flg.

Hiernach würde also im vorliegenden Falle der Rechtsanwalt Dr. H. mit Recht für seine Thätigkeit in der Berufungsinstanz sogar 72 ℳ liquidiert haben. Übrigens kommt es auf die endgültige Entscheidung dieser Frage hier nicht an, da soviel ganz sicher ist, daß ihm keinesfalls von den jetzt allein noch in Rede stehenden 48 ℳ, die ihm nach §. 45 des Gesetzes zukommen würden, wenn er nur Vertreter im Beweisaufnahmetermine gewesen wäre, deshalb die Hälfte gekürzt werden darf, weil er außerdem auch noch den Rechtsanwalt v. G. für die Berufungsinstanz instruiert hat.

Mithin mußte, der sofortigen Beschwerde der Klägerin entsprechend, der angefochtene Beschluß in der fraglichen Beziehung aufgehoben und die Entscheidung des Landgerichtes wiederhergestellt werden." ...

---

79. 1. Ist der Gerichtsstand aus §. 28 C.P.O. auch für den Anspruch eines Erben oder Vermächtnisnehmers auf eine dem letzten Willen des Erblassers entsprechende Art der Nachlaßverwaltung begründet?

2. Welches örtliche Recht ist maßgebend für die auf die Testamentsvollstreckung bezüglichen Rechtsverhältnisse?

3. In welchen Beziehungen ist nach gemeinem Rechte ein testamentarisches Kodizill rechtlich als ein Teil des Testamentes zu behandeln?

VI. Civilsenat. Urt. v. 21. April 1890 i. S. W. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. VI. 16/90.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Ein gewisser W. H., welcher früher im Gebiete des preußischen Allgem. Landrechtes seinen Wohnsitz gehabt und während dieser Zeit daselbst ein Testament errichtet hatte, hatte sodann seinen Wohnsitz nach Hamburg verlegt und daselbst einen Nachtrag zu seinem Testa-

mente gemacht und war daselbst verstorben. In dem erwähnten Nachtrage war der in Westpreußen wohnhafte Beklagte zusammen mit einem gewissen A. H., dem ein gewisser M. E. H. substituiert war, zum Testamentsvollstrecker ernannt. Nachdem A. H. und M. E. H. verstorben waren, verlangte der Vormund des an dem Nachlasse in der aus den mitzuteilenden Gründen ersichtlichen Weise interessierten Klägers vom Beklagten, daß er die Bestellung eines Mitexekutors durch die zuständige hamburgische Behörde veranlasse oder wenigstens sich dieselbe gefallen lasse, und drang damit in allen Instanzen im wesentlichen durch.

Aus den Gründen:

„Zunächst war zu erörtern, ob die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes mit Recht verworfen worden sei. Das Oberlandesgericht hat hier den Gerichtsstand der Erbschaft nach Maßgabe des §. 28 C.P.O. ... als begründet angenommen. Der Klagantrag war auf die Feststellung gerichtet, daß das Testament des verstorbenen W. H., insbesondere auch die darin angeordnete Exekutel, nach hamburgischem Rechte zu beurteilen sei, sowie daß der Beklagte verpflichtet sei, sich einen zweiten, der Genehmigung der Nachlaßinteressenten unterliegenden Exekutor zu wählen oder beiordnen zu lassen. Außer Zweifel stand, daß W. H. zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz, also seinen allgemeinen Gerichtsstand, in Hamburg gehabt habe. Es fragte sich nur, ob man sagen könne, daß die erhobene Klage ein Erbrecht oder einen Anspruch aus einem Vermächtnisse oder einer sonstigen Verfügung auf den Todesfall — von einer begehrten Teilung der Erbschaft konnte hier keinesfalls die Rede sein — nicht bloß zur Voraussetzung, sondern wirklich zum Gegenstande habe. Dies war, in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgerichte, zu bejahen. Für den klägerischen Mündel wird hier ein Anspruch geltend gemacht, welcher sich für ihn aus der Verbindung der beiden von seinem Großvater auf dessen Todesfall letztwillig getroffenen Verfügungen ergeben soll, wonach einerseits der an sich auf seinen Vater J. C. H. fallende Erbteil, solange dieser lebe, pupillarisch sicher belegt bleiben und so der Substanz nach für die etwaigen Kinder desselben erhalten werden, und wonach andererseits der Beklagte in Gemeinschaft mit A. H., eventuell mit M. E. H. Testamentsvollstrecker sein sollte; aus diesen Verfügungen wird für den klä-

gerischen Mündel nach Maßgabe hamburgischer Rechtsnormen ein Recht darauf abgeleitet, daß, nachdem A. H. und M. E. H. verstorben sind, der Beklagte dafür sorge oder sich wenigstens gefallen lasse, daß an deren Stelle ein anderer Mitexekutor ernannt werde. Es handelt sich also hier freilich nicht um den unmittelbaren Anspruch aus dem dem klägerischen Mündel im großväterlichen Testamente zugewandten Erbschaftsvermächtnisse; aber es entspricht auch dem Wortlaute wie dem Geiste des §. 28 C.P.O., unter denselben auch den Anspruch eines Erben oder Vermächtnisnehmers auf eine dem letzten Willen des Erblassers entsprechende Art der Nachlaßverwaltung, wie er hier in Frage steht, mitzubegreifen. . . .

Hauptsächlich hat der Beklagte die Entscheidung angegriffen, daß die hier streitige Frage nach den Normen des hamburgischen Rechtes zu beurteilen sei. Diese Entscheidung entspricht jedoch durchaus den maßgebenden gemeinrechtlichen Grundsätzen von der örtlichen Herrschaft der Privatrechtsnormen, nach welchen alle, eine Erbschaft betreffenden Rechtsverhältnisse, also auch die auf die Testamentsvollstreckung bezüglichen, von dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers beherrscht werden, während es in dieser Beziehung durchaus gleichgültig ist, an welchem Orte das etwaige Testament errichtet ist, bezw. an welchem Orte der Testator zur Zeit der Errichtung desselben gewohnt hat. Der vom Oberlandesgerichte weiter hinzugefügte Grund, daß die Ernennung von zwei Testamentsvollstreckern, auf welche es hier zunächst ankommt, überhaupt nicht in dem unter der Herrschaft des preußischen Allgem. Landrechtes errichteten Testamente, sondern erst in dem zweiten, von dem inzwischen nach Hamburg verzogenen Erblasser hier errichteten Kodizille vorgenommen sei, erschien freilich insofern nicht als unbedenklich, als nach gemeinem Rechte testamentarische Kodizille in vielen Beziehungen rechtlich so behandelt werden, als wenn sie zugleich mit dem Testamente errichtet wären (vgl. l. 2 §. 2. l. 16 Dig. de jure codic. 29, 7). Indessen kam es hierauf nicht weiter an, da der ersterwähnte Grund völlig ausreichte. Die maßgebende hamburgische Partikularrechtsnorm ist sodann vom Oberlandesgerichte in nichtrevisibler Weise dahin festgestellt worden, daß beim Wegfalle eines von mehreren ernannten Testamentsvollstreckern auf Antrag eines Interessenten von der Vormundschaftsbehörde ein anderer Exekutor zu bestellen sei, falls nicht der Testator einen abweichenden Willen kund-

gegeben habe. Daß letzteres hier nicht geschehen sei, hat das Berufungsgericht in rechtlich unbedenklicher Weise thatsächlich festgestellt. Hierbei ist durch Bezugnahme auf die landgerichtlichen Gründe in sachgemäßer Weise die Berufung der Beklagten auf den Umstand, daß das Testament in Preußen errichtet sei, wo im Zweifel anstatt eines wegfallenden Exekutors nicht ein anderer bestellt werde, deswegen für unzutreffend erklärt worden, weil die Ernennung von zwei Testamentsvollstreckern erst in dem in Hamburg errichteten zweiten Kodizille geschehen sei; denn bei der thatsächlichen Ermittelung des im Kodizille zur Erscheinung gekommenen Willens des Testators ist allerdings das Kodizill für sich, nicht als fingierter Teil des Testamentes ins Auge zu fassen (vgl. l. 7 §. 1 Dig. de jure codic. 29, 7)." ...

---

80. Ist ein Richter, welcher in erster Instanz lediglich als beisitzender Richter bei der Verkündigung des Urteiles zugegen gewesen ist, gesetzlich behindert, in derselben Sache in zweiter Instanz bei der Urteilsfällung mitzuwirken?

III. Civilsenat. Urt. v. 25. April 1890 i. S. Kanalbaukommission (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 23/90.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Nach der Meinung des Revisionsklägers unterliegt das Urteil nach §. 513 Ziff. 2 C.P.O. der Aufhebung, weil bei der Entscheidung in zweiter Instanz der Amtsgerichtsrat v. E. mitgewirkt habe, welcher bereits bei der Erlassung des ersten Urteiles, nämlich bei dessen Verkündung mitgewirkt hat. Die Thatsache ist an sich richtig; der Amtsgerichtsrat v. E., welcher weder an der Sachverhandlung, noch an der Urteilsfällung in erster Instanz teilgenommen, wohl aber in dem zur Urteilsverkündung anberaumten Termine als beisitzender Richter zugegen gewesen ist, hat bei der Entscheidung in zweiter Instanz als Richter mitgewirkt.

Da nach §. 513 Ziff. 2 C.P.O. eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen war, so fragt es sich, ob der in §. 41 Ziff. 6 C.P.O. gegebene Thatbestand, nach welchem ein Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes in den Sachen ausgeschlossen ist, in welchen er in einer früheren Instanz „bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung" mitgewirkt hat, durch den vorstehend mitgeteilten Sachverhalt erfüllt wird. Die Frage war zu verneinen. Richtig ist allerdings, daß, wo die Civilprozeßordnung den Ausdruck „Erlassung eines Urteiles" gebraucht, darunter die Beschlußfassung und Verkündung verstanden wird (vgl. §§. 272. 273. 295. 430. 472. 507 C.P.O.), und daß das Urteil erst im Momente der Verkündung „erlassen" ist. Wäre nun in §. 41 Ziff. 6 derselbe Ausdruck gebraucht, so würde zwar der Wortlaut des Gesetzes der Auffassung des Revisionsklägers zur Seite stehen. Der Angriff würde aber gleichwohl einen Erfolg nicht haben können. Der Zweck der Bestimmung ist doch nur der, zu verhüten, daß ein Richter, welcher in der Vorinstanz an der Urteilsfindung teilgenommen hat, in der höheren Instanz bei der Entscheidung mitwirkt, weil anzunehmen ist, daß einem solchen Richter die erforderliche Unbefangenheit für die Beurteilung des angefochtenen Erkenntnisses fehlt. Es ist aber nicht erfindlich, inwiefern die Unbefangenheit des Richters dadurch beeinträchtigt werden könnte, daß er die Verkündung des Urteiles mit angehört hat. Da eine Bestimmung, wie sie die Revision unterstellt, weit über den klar vorliegenden, gesetzgeberischen Zweck hinausgehen würde, so würde eine restriktive Auslegung des Ausdruckes geboten sein, um den wirklichen Willen des Gesetzgebers zu treffen, und dies umsomehr, als die gegenteilige Annahme zu dem geradezu unverständlichen Resultate führen würde, daß in einem Falle, wie er hier vorliegt, Nichtigkeit des zweiten Urteiles angenommen werden müßte, im umgekehrten Falle aber der Richter, welcher bei der Entscheidung in erster Instanz mitgewirkt hätte, nicht behindert wäre, bei der Verkündung des zweiten Urteiles mitzuwirken, da der §. 513 Ziff. 2 nicht, wie der §. 41 Ziff. 6, von einer Mitwirkung bei der „Erlassung" einer Entscheidung, sondern nur von der Mitwirkung bei der Entscheidung redet. Das aus der sonstigen Ausdrucksweise der Civil-

prozeßordnung entnommene Argument wird aber auch dadurch hinfällig, daß der §. 41 Ziff. 6 überhaupt nicht von der „Erlassung eines Urteiles", sondern von der „Erlassung einer Entscheidung" spricht. Dieser Unterschied der Ausdrucksweise ist nicht bedeutungslos. Während das Urteil erst mit seiner Verkündung vorliegt, muß die Entscheidung — das Urteilfinden — bereits vor der Verkündung getroffen sein. Angesehen den oben hervorgehobenen Zweck des §. 41 Ziff. 6 C.P.O., kann es nicht zweifelhaft sein, daß unter der „Mitwirkung bei der Erlassung der Entscheidung" nichts anderes zu verstehen sei, als was im §. 513 Ziff. 2 C.P.O. unter der Mitwirkung bei der Entscheidung verstanden wird, d. h. die Mitwirkung des Richters bei der Urteilsfindung." . . .

---

81. Ist bei der „später eingetretenen Veränderung" des §. 240 Nr. 3 C.P.O. auch die Kenntnis des Klägers von dieser Veränderung als wesentlich in Betracht zu ziehen?

II. Civilsenat. Urt. v. 16. Mai 1890 i. S. S. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. II. 66/90.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hat ein im Jahre 1886 vom Kläger gekauftes, zu Ehrenfeld belegenes Grundstück durch notariellen Vertrag vom 25. Juni 1888 an den Kaufmann B. verkauft. Der Kläger behauptet, daß der Beklagte ihm einige Tage vorher, nämlich am 23. Juni 1888, durch mündlichen Vertrag das fragliche Grundstück zurückverkauft habe. Der Beklagte hat sich geweigert, über diesen Rückverkauf einen notariellen Vertrag mit dem Kläger abzuschließen. Der Kläger hat darauf gegen den Beklagten Klage erhoben mit dem Antrage, denselben zu verurteilen, vor dem Notar H. in Köln zu erscheinen, um den mit dem Kläger am 23. Juni 1888 abgeschlossenen Vertrag beurkunden zu lassen. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen; er sei, nachdem er vor Anstellung der Klage das Grundstück notariell, also mit der Wirkung der Eigentumsübertragung, an einen Anderen verkauft habe, nicht mehr in der Lage, der Klage zu entsprechen, da er nicht

fremdes Eigentum verkaufen könne. Der Kläger hat hierauf beantragt, den Beklagten zur Zahlung des entstandenen und noch entstehenden Schadens, der dem Kläger durch den Verkauf des Grundstückes an B. erwachse, zu verurteilen. Der Beklagte erhob gegen diesen neuen Antrag den Einwand, daß er eine unzulässige Klagänderung enthalte. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Gründe erklären die Klagänderung nach §. 240 Nr. 3 C.P.O. für unzulässig, weil die Veränderung, wegen deren der neue Klagantrag gestellt sei, nicht später, sondern früher, nämlich vor Anstellung der Klage, eingetreten sei. Die Berufung wurde vom Oberlandesgerichte verworfen. Auf die Revision hat das Reichsgericht das Urteil des Oberlandesgerichtes aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Was die Entscheidung in Ansehung der Klagänderung betrifft, so ist zwar dem Oberlandesgerichte darin beizustimmen, daß das Wort „später" im §. 240 Nr. 3 C.P.O. sich auf die erhobene Klage bezieht, daß also die Veränderung, welche dem Kläger Anlaß zu dem neuen Antrage gegeben hat, nach Erhebung der Klage eingetreten sein muß, um den neuen Antrag nicht als eine unzulässige Klagänderung erscheinen zu lassen. Das Oberlandesgericht faßt jedoch, wie die Revision mit Recht geltend macht, die vorgedachte Gesetzesbestimmung insofern unrichtig auf, als es lediglich auf den Zeitpunkt des objektiv eingetretenen Ereignisses, hier des kurz vor Erhebung der Klage stattgefundenen Verkaufes des Grundstückes an B., nicht aber auf die Zeit der erlangten Kenntnis des Klägers von diesem Ereignisse Rücksicht nimmt und dadurch den Begriff der „eingetretenen Veränderung" zu enge auslegt. Diese Auffassung des Oberlandesgerichtes ist zwar nicht ausdrücklich in dem Berufungsurteile ausgesprochen. Aber schon die nach dem Thatbestande dieses Urteiles vorgetragenen Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteiles sprechen bezüglich der eingetretenen Veränderung aus: „Es verschlägt hierbei nichts, daß Kläger von dieser Veränderung nichts gewußt hat und auch nichts wissen konnte." Nach der Begründung des Berufungsurteiles ist anzunehmen, daß das Oberlandesgericht den vorstehenden Satz gebilligt hat, und daß seine Entscheidung mit auf demselben beruht, indem die Gründe in dieser Beziehung nur hervorheben, daß der Kläger, wie unter den Parteien feststehe, wegen einer vor Erhebung der Klage ein-

getretenen Veränderung statt des ursprünglich in der Klage geforderten Gegenstandes im Laufe desselben Prozesses das Interesse fordere. Der Kläger hat allerdings in zweiter Instanz sich zur Begründung der Zulässigkeit seiner Klagänderung nicht darauf berufen, daß er erst nach Erhebung der Klage Kenntnis von dem die Klagänderung veranlassenden Ereignisse erlangt habe; aber er hat auch in keiner Weise das Gegenteil zugegeben. Bei dem vorgetragenen, durch den Thatbestand festgestellten Sachverhalte wäre es, wenn das Oberlandesgericht von der richtigen Auffassung des Gesetzes ausgegangen wäre, für dasselbe angezeigt gewesen, durch Ausübung des Fragerechtes den in Rede stehenden Punkt aufklären zu lassen.

Was nun die Auslegung selbst betrifft, so gestattet zwar der Wortlaut des §. 240 Nr. 3 — „statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird" — die Annahme, daß es bei Anwendung dieser Bestimmung lediglich auf das objektive Ereignis, welches für den Kläger die Sachlage geändert hat, ankomme. Dagegen muß als der Sinn des Gesetzes anerkannt werden, daß der Zeitpunkt maßgebend sein soll, wo der Kläger von dem die Sachlage ändernden Ereignisse Kenntnis erlangt hat, oder doch hätte erlangen müssen, d. h. durch eigenes Verschulden nicht erlangt hat. Nur nach erlangter Kenntnis von der Veränderung ist der Kläger in der Lage, statt des geforderten Gegenstandes einen anderen Gegenstand oder das Interesse „fordern" zu können. Der Ausdruck „*später eingetretenen Veränderung*" ist demnach dahin zu verstehen, daß der objektive Eintritt des betreffenden Ereignisses in Verbindung mit der davon erlangten Kenntnis des Klägers als entscheidend angesehen werden soll. Der Gesetzgeber wollte, wie dies aus den Motiven zu den §§. 227—233 des Entwurfes und aus den Vorarbeiten zweifellos hervorgeht, um die Häufung von Prozessen im Interesse der Parteien thunlichst zu vermeiden, dem Kläger Änderungen der Klage, sofern der Klagegrund nur derselbe bliebe, in weitem Umfange gestatten und soweit zulassen, als es ohne Schädigung der Interessen des Beklagten geschehen konnte. Der in den Motiven angezogene preußische Entwurf vom Jahre 1864 ging noch viel weiter als das gegenwärtige Gesetz, indem er in seinem §. 232 Nr. 2 vorschrieb, daß es als unzulässige Klagänderung nicht anzusehen sei, „wenn die Änderung des

Klagegrundes mit oder ohne Änderung des Klagantrages den Beklagten nicht zu einer anderen Rechtsverteidigung nötige". Die Motive zur Civilprozeßordnung sprechen aus, daß für eine solche Bestimmung zwar gewichtige, theoretische Gründe sprechen mögen, daß dieselbe aber praktische Bedenken habe, weil das Gericht nur in seltenen Fällen in der Lage sein werde, mit einiger Sicherheit beurteilen zu können, ob die Änderung des Klagegrundes eine Änderung der Rechtsverteidigung bedinge.

Die vorstehend hervorgehobenen, für die Bedeutung der in Rede stehenden Vorschrift maßgebenden Gesichtspunkte sind dazu angethan, einer ausdehnenden Auslegung des Gesetzes das Wort zu reden. Durch die hier gegebene Auslegung wird auch das Interesse des Beklagten in keiner Weise geschädigt.

Das Berufungsurteil unterliegt hiernach, soweit die Entscheidung über die Änderung der Klage in Frage steht, wegen unrichtiger Anwendung der gedachten Gesetzesbestimmung der Aufhebung. Bei der demnächstigen anderweiten Verhandlung wird festzustellen sein, ob der notarielle Verkauf des Grundstückes an B. dem Kläger bereits vor Zustellung der Klage bekannt geworden war oder bekannt sein mußte."...

---

82. Bezieht sich der Gerichtsstand des Vertrages auch auf Quasikontrakte, insbesondere auf Ansprüche aus nützlicher Verwendung und auftragloser Geschäftsführung?

C.P.O. §. 29.

III. Civilsenat. Urt. v. 23. Mai 1890 i. S. H. Sch. (Kl.) w. M. L. (Bekl.) Rep. III. 55/90.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die Ehefrau des Klägers und deren Schwester, die jetzige Beklagte, führten in den Jahren 1875—1886 ein gemeinschaftliches Putz- und Modewarengeschäft unter der Firma „P. & Sch." zu Gießen. Im Oktober 1886 verheiratete sich die Beklagte mit dem Zahnarzte L. in Berlin. Nun erhob der Kläger, in dessen Hause die Beklagte während

jener Zeit gewohnt hatte und beköstigt worden war, bei dem Landgerichte zu Gießen einen Entschädigungsanspruch für geleistete Alimente in Höhe von 60 ℳ für den Monat und stützte diesen Anspruch in erster Instanz darauf:

„daß er der Beklagten den Unterhalt in der Absicht, Ersatz für solchen zu verlangen, und in nützlicher Geschäftsführung für dieselbe gewährt habe, diese auch durch eine etwaige unentgeltliche Dienstleistung ungerechtfertigt bereichert erscheinen würde,"

eventuell auf die Behauptung:

„daß die Beklagte bei ihrem Austritte aus dem Geschäfte ihre Verpflichtung aus jenen Leistungen anerkannt habe."

Die Beklagte schützte zunächst die prozeßhindernde Einrede des unzuständigen Gerichtes vor, da sie nur bei dem Gerichte ihres jetzigen Wohnortes Berlin belangt werden könne, und bestritt zur Sache jede Verbindlichkeit zum Ersatze der angeblichen Aufwendungen.

Der erste Richter hat die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes abgewiesen, die zweite Instanz hat die Berufung verworfen.

Der Revision des Klägers wurde stattgegeben aus folgenden

Gründen:

„Der Revisionskläger führt aus, daß der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§. 29 C.P.O.) auch auf Klagen aus vertragsähnlichen Verhältnissen Anwendung finde, das angegangene Gericht mithin schon deshalb allein zuständig sei, weil der erhobene Anspruch in erster Reihe auf auftragslose Geschäftsführung und nützliche Verwendung sich stütze. Dieser Angriff ist nicht begründet. Wie das Reichsgericht bereits in den Entsch. in Civils. Bd. 2 Nr. 118 ausgesprochen hat, erstreckt sich jener Gerichtsstand nur auf Verträge, nicht auf sog. Quasikontrakte, also einseitige erlaubte Rechtshandlungen und Zustände, welche nach den Gesetzen ähnlich wie vertragsmäßige Verbindlichkeiten gewisse Rechtsfolgen nach sich ziehen. Es folgt dies schon aus dem Wortlaute des Gesetzes und weiter aus der Erwägung, daß der §. 29 a. a. O. eine Abweichung von den Vorschriften der §§. 12. 13 C.P.O. über den allgemeinen Gerichtsstand einer Person enthält, auch für einen Teil derjenigen Rechtsverhältnisse, welche gemeinrechtlich in figürlicher Redeweise als „Quasikontrakte" bezeichnet zu werden pflegen, in den §§. 28. 31 das.

besondere Gerichtsstände angeordnet worden sind. Die Vorschriften des gemeinen Rechtes über den Gerichtsstand der persönlichen Verbindlichkeit (l. 19 §. 1. l. 20 Dig. de jud. 5, 1) sind für die Auslegung des §. 29 a. a. O. nicht maßgebend, und der Streit, welcher in der Justizkommission über die Ausdehnung des Gerichtsstandes des vertragsmäßigen Erfüllungsortes geführt wurde, bezog sich nur darauf, ob dieses Forum an die Voraussetzung der Anwesenheit oder des Vermögensbesitzes des Beklagten im Gerichtsbezirke geknüpft werden sollte oder nicht. Auf keinen Fall lag es in der Absicht, den Gerichtsstand des Vertrages für Rechtsgeschäfte jeder Art einzuführen. Daß endlich der §. 29 das Gericht des Ortes für zuständig erklärt, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, spricht nicht für, sondern gerade gegen die Auslegung, welche der Kläger dem Gesetze giebt, da hierunter immer nur diejenige aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte entsprungene Verbindlichkeit verstanden sein kann, um welche es sich im einzelnen Falle handelt.

In der That besteht in der Litteratur und Praxis kaum noch ein Streit darüber, daß das Gesetz den Gerichtsstand des Erfüllungsortes auf *Verträge* im eigentlichen Sinne beschränkt hat, wenngleich über den Grund, auf welchem die Einführung dieses Gerichtsstandes beruht, die Meinungen auseinandergehen.

Vgl. *Wach*, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1 S. 446 flg. und die dort Angeführten; *Seuffert*, Archiv Bd. 44 Nr. 215 (München).

Auch ist das Reichsgericht nicht, wie der Revisionskläger behauptet, in dem Urteile in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 Nr. 80 von seiner früheren Rechtsprechung abgegangen. Dort ist nur ausgesprochen worden, daß nach §. 29 a. a. O. der Gerichtsstand des Erfüllungsortes für eine im ordentlichen Prozesse zu erhebende Klage des Ausstellers eines an eigene Order gestellten und bei sich selber domizilierten *Wechsels gegen den Acceptanten* begründet erscheine, da es nicht gerechtfertigt sei, den Ausdruck „Vertrag" nur von einer *zwischen zwei bestimmten, einander direkt gegenüber getretenen Personen* auf Entstehung einer Obligation gerichteten Willenserklärung zu verstehen. Dieses auf die besondere Natur der Skripturobligation sich stützende Erkenntnis läßt sich für einen Fall der vorliegenden Art umsoweniger verwerten, als dort die Frage, welchen Umfang im

übrigen die Bestimmung des §. 29 a. a. O. habe, ausdrücklich unentschieden gelassen worden ist.

Gleichwohl mußte der Revision stattgegeben werden.

Nach dem Thatbestande hatte sich der Kläger bereits in der mündlichen Verhandlung erster Instanz darauf berufen, daß er der Beklagten den Unterhalt in der Absicht, Ersatz dafür zu verlangen, gewährt, die Beklagte auch bei ihrem Austritte aus dem gemeinschaftlich mit ihrer Schwester geführten Geschäfte ihre Verpflichtung aus den stattgehabten Leistungen anerkannt habe. Ob hierin allein schon die Merkmale eines zwischen den streitenden Teilen bestandenen, auch seitens der Beklagten in Gießen zu erfüllenden Vertragsverhältnisses zu finden sind, kann unerörtert bleiben. Denn in der Verhandlung zweiter Instanz hat der Kläger noch weiter geltend gemacht, daß die Absicht, für die gewährte Alimentation Vergütung zu fordern und zu geben, beiderseits ausdrücklich und stillschweigend wiederholt zu erkennen gegeben worden sei.

Mit Unrecht hat der Berufungsrichter dieses Vorbringen als verspätet zurückgewiesen. Dasselbe erscheint als eine Ergänzung der Klagebehauptungen im Sinne des §. 240 Ziff. 1 C.P.O. und zugleich als eine zur Beseitigung der Einrede des unzuständigen Gerichtes aufgestellte Replik, und dient in ersterer Beziehung zur weiteren Begründung des erhobenen Anspruches, in letzterer Hinsicht zur Begründung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes. Denn darüber besteht kein Zweifel, daß, wenn die streitenden Teile während der Dauer der Alimentationsleistungen über deren Vergütung durch die Empfängerin sich vertragsmäßig einigten, der Erfüllungsort dieses Vertrages nicht bloß für die Leistungen des Klägers, sondern überhaupt in Gießen war.

Damit ist der Gerichtsstand des Vertrages von selbst gegeben und die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes zu verwerfen, ohne daß etwas darauf ankäme, ob der Kläger demnächst den Abschluß eines förmlichen Vertrages zu erweisen imstande ist.

Vgl. Bolze, Rechtspr. des R.G.'s Bd. 7 Nr. 864." ...

83. Zwangsvollstreckung aus einem Urteile, welches zu wiederholten Leistungen verurteilt, wenn der Beklagte bestreitet, daß der Wiederholungsfall gegeben sei.

V. Civilsenat. Beschl. v. 28. Mai 1890 i. S. W. u. Gen. (Bekl.) w. F. (Kl.) Beschw.-Rep. V. 56/90.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Kläger hat am 31. Januar 1882 gegen die Beklagten ein rechtskräftiges Urteil des Landgerichtes zu Königsberg erstritten, durch welches die Beklagten verurteilt worden sind:

den vom Gute Freudenberg durch die Köthener Wiesen führenden, auf der Handzeichnung Bl. 7 vol. I der Akten die Punkte C und D verbindenden Weg mit dem Kläger gemeinschaftlich je nach dem Anteile ihres anliegenden Köthener Besitzstandes in fahrbaren Zustand zu bringen und in solchem zu erhalten.

Nachdem bereits früher eine Besserung des Weges durch Zwangsvollstreckung erfolgt ist, hat der Kläger unter der Behauptung, daß der Weg inzwischen wieder unfahrbar geworden sei, am 17. Juli 1888 eine neue Zwangsvollstreckung nachgesucht und beantragt: ihn zu ermächtigen, den Weg auf seine und der Beklagten Kosten durch eine namhaft gemachte Person in fahrbaren Zustand zu bringen und die Beklagte zur Vorauszahlung der auf ihren Anteil fallenden, in einem Voranschlage auf 1440 ℳ berechneten Kosten, vorbehältlich des Rechtes des Klägers auf eine etwa erforderlich werdende Nachforderung, zu verurteilen. Diese Kosten hat der Kläger nach dem Flächeninhalte der an den Weg anstoßenden Wiesen auf die Beklagten und sich selbst repartiert.

Die Beklagten haben bestritten, daß der Weg sich in reparaturbedürftigem Zustande befinde, und namentlich, daß die Aufwendung der vom Kläger veranschlagten Kosten erforderlich sei; ferner haben sie behauptet, daß der Kläger sich selber mit 10 Morgen 170 □ Ruten zu wenig als beitragspflichtig angesetzt habe, und überhaupt bestritten, daß die Kosten nach Flächenmaß (anstatt nach dem Nutzen der einzelnen Anlieger) vertheilt werden dürften.

In erster Instanz sind die Anträge des Klägers auf Grund der nach vorangegangener Beweiserhebung getroffenen Feststellung: daß der Weg sich nicht in einem besserungsbedürftigen Zustande befinde, abgelehnt worden.

Gegen diesen Beschluß hat der Kläger sofortige Beschwerde beim Oberlandesgerichte erhoben. Er ermäßigte dabei den im voraus zu verteilenden Kostenbetrag auf 700 ℳ mit Rücksicht darauf, daß bis zum Punkte E der gedachten Handzeichnung inzwischen eine Wegebesserung durch die Beklagten stattgefunden hatte; wiederholte aber im übrigen seine früheren Anträge. Die Beklagten haben denselben widersprochen und noch geltend gemacht, daß die Strecke E D der Handzeichnung nicht zum Gemeindebezirke Köthen gehöre und auf ihr überhaupt kein Weg vorhanden sei.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Beschlusses den Kläger ermächtigt, auf seine und der Beklagten Kosten den fraglichen Weg von E nach D der Handzeichnung in fahrbaren Zustand zu bringen, und die Beklagten verurteilt, je nach Anteil ihres anliegenden Köthener Besitzstandes dem Kläger die veranschlagten Kosten in den nach der Repartition des Klägers ausgeworfenen Summen vorauszuzahlen. Dieser Beschluß beruht auf der Erwägung, daß die Behauptungen der Beklagten über die Fahrbarkeit des Weges und über die Nichtzugehörigkeit der Strecke E D zu dem von dem Urteile vom 31. Januar 1882 betroffenen Wege sich als Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst darstellten, welche nach §. 686 C.P.O. nur im Wege der Klage hätten geltend gemacht werden können; daß deshalb dem nach §. 773 C.P.O. gerechtfertigten Antrage des Klägers gemäß, da gegen die von ihm vorgenommene Repartition der vorauszuzahlenden Kosten von den Beklagten nichts eingewendet worden, der Kläger zur Vornahme der Wegebesserung zu ermächtigen und die Beklagten zur anteiligen Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen wären.

Gegen diesen Beschluß des Oberlandesgerichtes haben die Beklagten rechtzeitig weitere sofortige Beschwerde erhoben, welche für begründet erachtet werden mußte.

1. Bei dem Bestreiten der von dem Kläger behaupteten abermaligen Unfahrbarkeit des Weges handelt es sich nicht, wie das Oberlandesgericht annimmt, um eine Einwendung der Beklagten, welche

den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft und deshalb nach §. 686 C.P.O. nur im Wege der Klage geltend gemacht werden durfte. Die Beklagten behaupten damit nicht, daß ein durch das rechtskräftige Urteil festgestellter Anspruch des Klägers, sei es von Anfang an nicht bestanden habe oder hinterher weggefallen sei. Diesen Charakter hatte allerdings ihr Bestreiten der Unfahrbarkeit des Weges, als es sich um die erstmalige Zwangsvollstreckung aus dem Urteile vom 31. Januar 1882 handelte; denn damals stand eben durch dieses Urteil fest, daß der Weg unfahrbar sei. Jetzt handelt es sich dagegen um eine Vollstreckung desjenigen Teiles des Urteiles, welcher die Beklagten schuldig spricht, in Gemeinschaft mit dem Kläger den Weg nach der Fahrbarmachung in fahrbarem Zustande zu erhalten, also mit anderen Worten, den Weg, wenn er wieder unfahrbar werden sollte, abermals herzustellen. Darüber, daß dieser abermalige, unfahrbare Zustand eingetreten sei, stellt das Urteil nichts fest, und es konnte nichts feststellen. Daraus folgt von selbst, daß der Kläger die Voraussetzung der begehrten, abermaligen Zwangsvollstreckung, nämlich die abermalige Unfahrbarkeit des Weges, seinerseits darlegen muß, und daß, wenn die Beklagten sie wie geschehen bestreiten, der Vollstreckungsrichter hierüber befinden muß, ehe es zu einer Zwangsvollstreckung kommen kann. Der vom Oberlandesgerichte angezogene Fall (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 379)[1] lag in dieser Beziehung ersichtlich anders; es handelte sich damals um die Behauptung der Beklagten, dem durch das Urteil festgestellten Anspruche der Kläger bereits genügt zu haben.

Jene Voraussetzung einer abermaligen Zwangsvollstreckung hat der Kläger auch für die Strecke E D des Weges darzulegen, während die Behauptung der Beklagten, daß ihnen bezüglich dieser Wegestrecke überhaupt keine Verpflichtung obliege, wenn sie dem rechtskräftigen Urteile gegenüber durchdringen könnte, allerdings im Wege der Klage nach §. 686 C.P.O. von ihnen zur Geltung zu bringen wäre.

2. Mit Recht wird von den Beklagten ferner darauf hingewiesen, daß sie nach dem Thatbestande des landgerichtlichen Beschlusses die Richtigkeit der klägerischen Kostenvertheilung bestritten haben. Ihre

[1] Vgl. auch noch Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 Nr. 87 S. 364 flg. D. E.

Bemängelung des aus dem Flächeninhalte der an den Weg angrenzenden Wiesen vom Kläger entnommenen Verteilungsmaßstabes steht allerdings mit dem rechtskräftigen Urteile vom 31. Januar 1882 im Widerspruche und verdient deshalb keine Beachtung. Aber über die Urteilsquoten nach diesem Maßstabe steht bisher urteilsmäßig überhaupt noch nichts fest, und die Beklagten durften deshalb insoweit die Richtigkeit der klägerischen Repartition mit der Wirkung bestreiten, daß der Kläger eine Festsetzung der Quoten, soweit diese bestritten bleiben, durch Urteil nachholen muß. Bestritten ist nur der Anteil des Klägers, welchen die Beklagten auf einen höheren Betrag festgesetzt wissen wollen; dies hindert nicht, den Beklagten die Vorauszahlung desjenigen Betrages, der unbestritten auf sie entfällt, unter entsprechender Reduktion der vom Kläger ausgerechneten Anteile im Wege der Zwangsvollstreckung nach §. 773 Abs. 2 C.P.O. aufzuerlegen. . . .

Die Aufhebung des Beschlusses ergiebt sich aus den vorstehend zu 1. und 2. entwickelten Gründen, welche es zugleich rechtfertigen, die Sache wegen der erforderlichen thatsächlichen Untersuchungen, sowie zugleich zur Entscheidung über die Kosten der gegenwärtigen Beschwerdeinstanz in die Vorinstanz zurückzuverweisen."

---

84. 1. Ist die Vorschrift des §. 809 Abs. 2 C.P.O. auch auf das Arrestverfahren gegen Immobilien anwendbar?

2. Genügt zur Wahrung der hier vorgeschriebenen Frist ein bei der Behörde eingereichter Antrag auf Vollziehung des Arrestes durch Vormerkung im Grundbuche?

3. Ist eine trotz Versäumung der Frist eingetragene Arrestvormerkung rechtsgültig?

4. Verneinden Falles, wie kann die Ungültigkeit geltend gemacht werden, und wird sie durch Umwandelung der Vormerkung in einen definitiven Pfandeintrag geheilt?

III. Civilsenat. Urt. v. 3. Juni 1890 i. S. K. (Kl.) w. G. u. D. (Bekl.) Rep. III. 27/90.

I. Landgericht Neuwied.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a./M.

Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Der Ehemann der Klägerin hatte wegen einer angeblichen Forderung von 5500 ℳ nebst Zinsen den dinglichen Arrest in die Grube Silberwiese erwirkt. Eine Vormerkung zur Sicherung des Ehemannes ist im Hypothekenbuche erfolgt und, nachdem letzterer ein rechtskräftiges Urteil für seine Forderung im Betrage von 4000 ℳ samt Zinsen und Kosten erreicht hatte, die Vormerkung in solchem Betrage als definitive Hypothek eingetragen worden. Wie die Klägerin zugesteht, ist dieser Eintrag erst zu einer Zeit geschehen, da der Schuldner der Forderung des Eigentumes an dem Arrest- und Hypothekenobjekte, nämlich der vorgenannten Grube, sich entäußert hatte; auch ist, was die Klägerin gleichfalls anerkennt, der Hypothekeneintrag lediglich auf Grund des erwähnten Urteiles an Stelle der früheren Vormerkung vollzogen worden. Es ergiebt sich hieraus, daß Vormerkung und Hypothek in untrennbarem Zusammenhange stehen, und daß somit bei der Frage, ob der von der Klägerin gegen die Beklagten, als die jetzigen Besitzer des Grubengrundstückes, erhobene Hypothekaranspruch begründet ist, vor allem untersucht werden muß, ob die Grundlage der Hypothek, die Vormerkung des Arrestes, zu Recht besteht, oder ob sie wegen Versäumung der Frist des §. 809 Abs. 2 C.P.O. der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. Der Berufungsrichter hat dies angenommen und seiner Ansicht muß beigetreten werden.

Daß die Vorschrift des §. 809 Abs. 2 a. a. O., wonach die Vollziehung eines Arrestbefehles an eine von dessen Verkündung oder Zustellung laufende 14tägige Frist geknüpft ist, auch auf das Arrestverfahren gegen Immobilien zutrifft, kann keinem Bedenken unterliegen. Allerdings bestimmt sich gemäß §. 811 C.P.O. die Art und Weise der Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen nach den Landesgesetzen, jene Vorschrift des §. 809 begrenzt jedoch die rechtliche Wirkung eines Zahlungsbefehles und stellt für dessen Vollziehbarkeit die gedachte Voraussetzung auf. Die Voraussetzungen für die Vollziehung eines Arrestbeschlusses haben sich aber ebenso wie dieser Beschluß selbst ausschließlich nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung zu richten.

Betreffend die in §. 809 Abs. 2 festgesetzte 14tägige Frist, so

macht das Gesetz keinen Unterschied, ob es sich von einem Arreste in Mobilien oder Immobilien handelt. Für beide gleichmäßig schreibt es vor, daß die Vollziehung des Arrestbefehles unstatthaft sei, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündigt oder der Partei, auf deren Betreiben er erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Folgt hieraus, was zunächst den Mobilienarrest betrifft, daß nicht schon ein bei dem Gerichtsvollzieher gestellter und demselben übergebener Antrag auf Vollziehung des Arrestes zur Einhaltung der Frist genügt, so muß auch für den Arrest in unbewegliches Vermögen die Folgerung gezogen werden, daß mit einem bei der Behörde eingereichten Antrage auf Vollziehung des Arrestes durch Vormerkung im Grundbuche die Frist noch nicht gewahrt wird. Sowohl nach dem Wortlaute des §. 809, als nach der demselben zu Grunde liegenden, in den Motiven zum Ausdrucke gelangten Tendenz kann von dem hier allein entscheidenden Standpunkte der Civilprozeßordnung aus in einem bloßen Antrage auf Arrestvollziehung eine die Frist des Paragraphen wahrende Handlung nicht erblickt werden. Übrigens könnte doch nur, was der Berufungsrichter mit Recht hervorhebt, ein formell begründeter Antrag den Erfordernissen des genannten Paragraphen entsprechen. Vorliegenden Falles ist aber innerhalb der Frist ein Antrag auf Vormerkung im Grundbuche gestellt und derselbe beim Grundbuchrichter eingereicht worden, während bei dem Umstande, daß für die zum Bezirke des vormaligen Justizsenates in Ehrenbreitstein gehörige Grube Silberwiese ein Grundbuch zur Zeit noch nicht angelegt war, nach Maßgabe des §. 189 Nr. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 der Antrag auf Vormerkung im Hypothekenbuche zu richten und beim Hypothekenrichter (s. §. 5 Nr. 2 der allgemeinen Verfügung vom 22. September 1879 J.M.Bl. S. 378) einzureichen gewesen wäre. Infolgedessen ist denn auch der Antrag des Ehemannes der Klägerin vom 5. Dezember 1883 am folgenden Tage seitens des Grundbuchrichters zurückgewiesen worden, worauf er erst am 8. Januar 1884, also augenscheinlich längst nach Ablauf der vom 3. Dezember 1883 an laufenden Frist, in der gehörigen Form und bei der zuständigen Behörde erneuert wurde.

Dessenungeachtet ist die Vormerkung des fraglichen Arrestes am 10. Januar 1884 erfolgt und nach rechtskräftiger Feststellung der klägerischen Forderung in eine definitive Hypothek verwandelt worden.

Die Klägerin will hieraus ableiten, daß der jetzige Besitzer des Pfandobjektes nicht mehr befugt sei, unter Berufung auf die eben erwähnte Fristversäumnis die Gültigkeit der Hypothek anzufechten. Diese Argumentation der klägerischen Partei ist jedoch als verfehlt zu bezeichnen.

Die Vormerkung im Grundbuche, durch welche nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 der Arrest in unbewegliches Vermögen vollzogen wird, hat die gewöhnlichen Wirkungen einer Vormerkung, also Wahrung eines hypothekarischen Rechtes an der Stelle, an welcher die Eintragung erfolgt. Sie kann für den Arrestgläubiger ein Pfandrecht bewirken, welches später eingetragenen Pfandrechten vorgeht, jedoch erzeugt sie zunächst nur vorläufige Rechte, welche erst alsdann zur endgültigen Existenz gelangen, wenn die Forderung, zu deren Sicherheit der Arrest nachgesucht wurde, festgestellt ist. Ob infolge dieser Liquidstellung das durch die Vormerkung entstandene bedingte hypothekarische Recht ohne weiteres zu einem unbedingten Rechte werde, oder ob es hierzu noch der formellen Umwandelung in eine Hypothek bedarf, ist eine Kontroverse,

vgl. v. Meibom im civilist. Archiv Bd. 72 S. 388 flg.,

welche im gegenwärtigen Falle, wo diese Umwandelung stattgefunden hat, ohne Bedeutung ist. Voraussetzung für die Gültigkeit der Vormerkung oder des definitiven Pfandeintrages ist jedenfalls ein rechtswirksamer Arrestbefehl; liegt ein solcher nicht vor, so fehlt es an einem gültigen Pfandrechtstitel, und wo dieser mangelt, kann auch ein gültiges Arrestpfandrecht nicht zur Existenz gelangen. Ob es sich nun aber von einem Arrestbefehle handelt, der von Anfang an unwirksam ist, weil er von einem unzuständigen Richter erlassen wurde oder mit Verletzung anderweiter wesentlicher Prozeßvorschriften erging, oder ob, wie vorliegenden Falles, ein an sich gültiger, aber durch Fristversäumung gemäß §. 809 C.P.O. wirkungslos gewordener Beschluß in Frage steht, vermag einen Unterschied nicht zu begründen; denn in allen diesen Fällen liegt ein Arrestbefehl vor, der keine rechtliche Wirksamkeit haben, also auch nicht zur Grundlage eines rechtsgültigen Arrestpfandrechtes werden kann. Der §. 809 Abs. 2 C.P.O. ist nicht bloß, wie die Klägerin meint, eine an die Grundbuchsbeamten gerichtete, instruktionelle Vorschrift, sondern er enthält nach seinem unzweideutigen Wortsinne das absolute Gesetz, daß die Vollziehung eines Arrestbeschlusses nach Ablauf der Frist unstatthaft sein solle,

daß also die durch den Beschluß getroffene Anordnung nach dieser Zeit rechtliche Wirkungen nicht mehr äußern könne, woraus ohne weiteres folgt, daß, wenn dessenunerachtet nach abgelaufener Frist eine Arresthandlung noch vollzogen wird, die diesfalls vorgenommene Maßregel unwirksam und hinfällig sein muß. Die Vorschrift des §. 809 Abs. 2 ist hiernach analog der Bestimmung des §. 671 zu betheilen, bezüglich welcher das Reichsgericht schon in mehrfachen Entscheidungen, letztmals in dem in Bd. 20 S. 436 der Entsch. des R.G.'s in Civils. veröffentlichten Erkenntnisse angenommen hat, daß die Bestimmung nicht eine bloße Instruktion für den Gerichtsvollzieher, sondern ein Gebot enthalte, dessen Übertretung die Vollstreckungshandlung zu einer ungesetzlichen macht und ihr die rechtsbegründende Wirkung — die Entstehung eines Pfandrechtes — benimmt.

Daß die durch Fristversäumung verursachte Rechtsungültigkeit des streitigen Pfandeintrages auch im jetzigen Prozesse geltend gemacht werden kann, ist unzweifelhaft. Allerdings hätte die Arrestatin, Rechtsvorgängerin der Beklagten, durch Anwendung der §§. 685. 701 C.P.O. die Löschung des Eintrages herbeiführen können; dadurch daß dies nicht geschehen, sind aber die gesetzlichen Folgen der stattgehabten Fristversäumnis nicht beseitigt, und es ist dem Beklagten G., als jetzigem Eigentümer des durch das Arrestpfandrecht belasteten Grundstückes, nicht die Befugnis genommen, der allgemeinen Rechtsmittel sich zu bedienen, welche ihm kraft seines Eigentumes zu Gebote stehen, und somit im Prozeßwege, sei es durch Anstellung einer Negatorienklage oder auch einredeweise, die Ungültigkeit jener Belastung zur Geltung zu bringen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 20 S. 436.

Endlich kann der Revision auch nicht zugegeben werden, daß die Umschreibung der in Frage stehenden Vormerkung in eine definitive Hypothek den Mangel der ersteren geheilt habe. Denn diese Umschreibung wollte kein neues Pfandrecht begründen, sie konnte es auch nicht, da sie zu einer Zeit vorgenommen wurde, zu welcher die Arrestschuldnerin gar nicht mehr Eigentümerin der Grube Silberwiese war, und da nicht hat behauptet werden können, daß der neue Eigentümer der Umwandelung zugestimmt hat. Ist daher die Vormerkung vom 10. Januar 1884 aus den oben ausgeführten Gründen nichtig, so muß der gleiche Mangel auch der späteren Umschreibung anhaften."

85. Ist der §. 12 A.G.O. I. 29 neben der Civilprozeßordnung in Geltung geblieben? Bedeutung einer früheren Arrestanlegung für einen neuen Arrestantrag eines späteren Forderungsinhabers bei einem Inhaberpapiere.

I. Civilsenat. Urt. v. 26. Februar 1890 i. S. D. & B. (Kl.) w. die K. K. priv. Kaschau-Oberberger Eisenbahngesellschaft (Bekl.). Rep. I. 2/90.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf Antrag der Arrestklägerin ordnete das Landgericht zu Breslau in Höhe des Nominalbetrages von 414 zur Rückzahlung ausgelosten Obligationen des von der Beklagten in Österreich-Ungarn emittierten Prioritätsanlehns in Frankwährung den dinglichen Arrest gegen die in Pest ihren Sitz habende Beklagte an und erließ in bezug auf Forderungen der Emittentin gegen die Eisenbahndirektion zu Breslau Pfändungsbeschluß. Die Arrestbeklagte erhob gegen den Arrestbefehl Widerspruch. Sie machte als Grund für die Aufhebung des Arrestes geltend, daß die Ausgabe des Anlehens unter hypothekarischer Eintragung desselben in die für den Eisenbahnkörper teils in Österreich, teils in Ungarn gebildeten Grundbüchern erfolgt sei, und erachtete deshalb gemäß dem neben der deutschen Civilprozeßordnung noch als geltend betrachteten §. 12 A.G.O. I. 29 eine Arrestanlegung von dem Nachweise abhängig, daß die bestellte Pfandsicherheit sich inzwischen vermindert habe. Eventuell beantragte sie, den Arrest mit der Maßgabe zu bestätigen, daß die Arrestklägerin gehalten sei, zur Sicherheit der Arrestbeklagten die dem Arreste zu Grunde liegenden Obligationen während der Dauer des Arrestes zu hinterlegen. Das Berufungsgericht erkannte wegen des noch in Geltung erachteten §. 12 A.G.O. I. 29 auf Aufhebung des Arrestes. Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur Entscheidung über den eventuellen Antrag der Arrestbeklagten in die Instanz zurück.

Gründe:

„Die hypothekarische Sicherheit, deren Annahme dem Rechte der Klägerin auf Sicherung durch Arrest entgegenstehen soll, beruht in einer Pfandbestellung mit in Österreich-Ungarn, also im Auslande,

belegenen Grundstücken, sodaß eine Realisierung des Pfandes in anderer Weise, als durch eine Bethätigung der Vollstreckungsgewalt seitens der österreich-ungarischen Behörden, ausgeschlossen ist. Nach den §§. 11—15. 1. 3. 9 des jedenfalls für den österreichischen Teil des Eisenbahnkörpers geltenden österreichischen Gesetzes vom 24. April 1874, betreffend die gemeinsame Vertretung der Rechte der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Teilschuldverschreibungen und die bücherliche Behandlung der für solche eingeräumten Hypothekarrechte, erfolgt die Eintragung des Pfandrechtes ohne Nennung der einzelnen Berechtigten lediglich für den Gesamtbetrag der Forderung, ohne daß eine Erwerbung einzelner Teilschuldverschreibungen eingetragen werden kann, und ohne daß für die Löschung eine Einwilligung der einzelnen Besitzer von Teilschuldverschreibungen erforderlich ist. Es wird vielmehr, falls die Rechte dieser Besitzer wegen des Mangels einer gemeinsamen Vertretung gefährdet oder die Rechte eines Anderen in ihrem Gange gehemmt werden, den Besitzern vom Gerichte ein gemeinsamer Kurator bestellt, dessen Handlungen, wenn sie die Kuratelbehörde genehmigt, die Besitzer verbinden.

Bei dieser Sachlage konnte die Frage erhoben werden, ob, auch wenn man den §. 12 A.G.O. I. 29 als fortbestehend erachten will, diese Vorschrift, wie die vom Berufungsgerichte herangezogenen §§. 22. 23 A.L.R. I. 20 nach dem Geiste und Zwecke dieser Gesetze auf eine Sicherheitsbestellung durch im Auslande liegende Pfänder, noch dazu bei dem hier vorhandenen Mangel des Rechtes selbständiger Geltendmachung der Sicherheit seitens des einzelnen Gläubigers, überhaupt anwendbar wären.

Ebenso konnte, da die österreichischen Gerichte das Recht der Obligationsbesitzer, Zahlung in Frankwährung zu fordern, nicht anerkennen und die Vollstreckung der Urteile deutscher Gerichte auf Zahlung entsprechend dieser Währung versagen, die Frage aufgeworfen werden, ob nicht wegen dieser Sachlage auch bei Anwendbarkeit des §. 12 A.G.O. I. 29 ohne weiteres die in dieser Bestimmung für die Zulässigkeit des Arrestes gegebene, besondere Voraussetzung gegeben war, daß sich Umstände ergeben hatten, weshalb die Hypothek die anfänglich von ihr erwartete Sicherheit nicht mehr gewähre.

Diesen Fragen brauchte indessen nicht näher getreten zu werden, weil entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes der §. 12 a. a. O.

durch die Einführung der Civilprozeßordnung als außer Kraft getreten erachtet werden mußte.

Das Berufungsgericht hält die materiellrechtlichen Vorschriften der §§. 22. 23 A.L.R. I. 20 und die Vorschriften des Titels 29 Tl. I. A.G.O. nicht genügend auseinander. Die §§. 22. 23 A.L.R. I. 20 ebenso wie die §§. 247. 248 A.L.R. I. 14 behandeln das auf Grund des Gesetzes oder eines Vertrages mit einer Forderung verknüpfte, accessorische, materielle Recht auf Sicherheitsbestellung und bestimmen, daß, wenn beim Bestehen eines solchen Rechtes ohne namentliche Bezeichnung des Gegenstandes der Sicherheit oder der Person des Bürgen der Gläubiger einen bestimmten Gegenstand als Sicherheit oder einen bestimmten Bürgen einmal angenommen hat, er sich hiermit bis zur Fälligkeit der Forderung, sofern nicht jener Gegenstand oder der Bürge an Sicherheit einbüßt, begnügen muß. Die besondere Kautionspflicht gilt durch die geschehene Auswahl der Annahme eines bestimmten Gegenstandes oder einer bestimmten Person als erfüllt. Ebenso normieren die Vorschriften der §§. 441. 442. 462 A.L.R. I. 20 und des §. 50 des preußischen Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872 materielle Rechte auf Zahlung vor Verfall und auf Sicherung als Ausflüsse des eingeräumten Hypothekenrechtes. Von dem privatrechtlichen Anspruche auf Bestellung einer Sicherheit ist aber der Anspruch auf Sicherung der anderenfalles keinen Erfolg mehr versprechenden Zwangsvollstreckung durch deren Antizipation, nämlich durch einen Vollstreckungsakt der Staatsgewalt, der auf einem anderen Wege als dem der gewöhnlichen Rechtsverfolgung erfolgt, zu unterscheiden. Ein Anspruch, der diesen Inhalt hat, ist ein prozeßrechtlicher, gerade so wie es in Unterscheidung von dem privatrechtlichen Anspruche auf eine Leistung der Anspruch gegen den Leistungspflichtigen auf Erleidung der Zwangsvollstreckung wegen des dem Gläubiger in betreff der Leistung Zuerkannten ist. Die in betreff der Erfordernisse für einen solchen Anspruch aufgestellten Normen sind daher, sowohl soweit sie allgemeiner Natur sind, als auch soweit sie die Erfordernisse im Hinblick auf bestimmte, materiellrechtliche Hergänge qualifizieren, prozeßrechtliche Normen. Innerhalb dieser Auffassung des Rechtes auf Arrestanlegung ließe sich dem §. 12 a. a. O. die Bedeutung einer materiellrechtlichen Bestimmung nur dann beimessen, wenn man darin ausgesprochen finden wollte, daß jede Annahme

einer Sicherheit zugleich als stillschweigender Vertrag über jedes die Forderung betreffende eventuelle, zukünftige prozeßrechtliche Verhältnis dahin, daß kein Arrest oder ein solcher nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgebracht werden dürfe, anzusehen wäre. Für solche Auffassung fehlt jeder Anhalt. Vielmehr erklärt sich die unleugbare Verwandtschaft der Gesichtspunkte, welche den Gesetzgeber einerseits zu den Bestimmungen der §§. 22. 23 A.L.R. I. 20 und andererseits zu der Bestimmung des §. 12 A.G.O. I. 29 geführt haben, in ganz anderer Weise. Die Ausgestaltung, welche der Arrestprozeß, bekanntlich nicht auf den römischen Rechtsquellen, sondern auf Gewohnheiten und den Statuten der italienischen Städte beruhend, in seiner geschichtlichen Entwickelung erfahren hat, weist allerdings in einzelnen Sätzen derartige Analogieen mit Rechtssätzen, welche dem Wesen eines privatrechtlichen Kautionsanspruches entsprechen, auf, daß darauf die Auffassung gegründet worden ist, der Sicherungsarrest sei nicht als antizipierte Vollstreckung des Hauptanspruches, sondern als Vollstreckung eines accessorischen, materiellen Kautionsanspruches, der als jeder Forderung für den Fall der Verlustgefahr innewohnend erachtet wurde, angesehen worden.

Vgl. Wach, Der Arrestprozeß in seiner geschichtlichen Entwickelung S. 95 flg.

Mit quellenmäßigen Zeugnissen sind Rechtssätze belegt, nach welchen die causa des Sicherungsarrestes *eine* erst *nach* Begründung der Forderung entstandene sein muß, ferner der Arrest ausgeschlossen ist, wenn der Verpflichtete durch Gesetz oder Gewohnheit von jeder Kautionspflicht befreit ist oder sich volle Kautionsfreiheit gegenüber dem Gläubiger bedungen hat, mag auch der Grund der Gefährdung erst nachher eingetreten sein.

Wach, a. a. O. S. 93. 104. 105.

An diese Rechtssätze erinnert der §. 12 A.G.O. I. 29. Betrachtet man ihn als eine Konsequenz einer durch die Einwirkung der Grundsätze über Kautionsansprüche auf die Entwickelung und Gestaltung des Arrestprozesses für den letzteren begründeten Meinung, daß, wenn ein Kautionsanspruch unbegründet, auch ein Arrest unzulässig wäre, so gehört er eben zu den Grundsätzen, welche, gleichviel von welchem Ausgangspunkte, insbesondere von welcher gezogenen Analogie aus,

die Grenzen bestimmen, innerhalb deren der prozessuale Sicherungsschutz zulässig ist, und kann nur als prozeßrechtlicher angesehen werden. Wollte man aber selbst annehmen, daß die Allgemeine Gerichtsordnung bei der im Titel 29 erfolgten Gestaltung des Arrestes als den Gegenstand der Arrestvollstreckung nicht den Hauptanspruch, sondern einen auch von ihr unterstellten, accessorischen, materiellen Kautionsanspruch erachtet habe, und der §. 12 eine Konsequenz solcher Auffassung sei, so kann doch seit Einführung der Civilprozeßordnung nicht mehr eine andere Gestaltung des Arrestes und Auffassung seines Wesens in Betracht kommen als die der Civilprozeßordnung eigentümliche. Denn die Civilprozeßordnung will und soll das ganze Prozeßinstitut des Arrestes im Zusammenhange regeln, und es kann deshalb keinen Arrestprozeß geben, dessen Struktur etwa in bezug auf die Unterstellung des als Objekt der Arrestvollstreckung konstruierten Anspruches dem bisherigen Prozeßrechte unter Auffassung seines diesbezüglichen Inhaltes als materielles Recht und in bezug auf das übrige dem neuen Prozeßgesetze zu entnehmen wäre. Wenn aber die Civilprozeßordnung etwa auch den Arrest im Sinne der Vollstreckung eines der Forderung innewohnenden Kautionsanspruches auffaßte, so würde bei bereits erfolgter vertraglicher Kautionsbestellung immer nicht die Anwendung des mit dem Landesprozeßrechte beseitigten §. 12 A.G.O. I. 29, sondern die Anwendung der §§. 22. 23 A.L.R. I. 20 in Frage kommen. Es unterliegt aber keinem Bedenken, daß solche Auffassung der Civilprozeßordnung fremd ist. Nach §. 796 C.P.O. findet der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen der Forderung, nicht wegen eines dieser innewohnenden accessorischen Kautionsanspruches statt, und zwar, wie der Abs. 2 ausdrücklich ausspricht, wegen der Forderung auch dann, wenn sie betagt ist. Das alleinige Erfordernis besteht nach §. 797 C.P.O. in der Besorgnis, daß ohne die Verhängung des Arrestes die Vollstreckung des Urteiles vereitelt oder wesentlich erschwert würde, bei erforderlicher Zwangsvollstreckung im Auslande schon in diesem Umstande. Die geschehene Bestellung einer Sicherheit kann daher nur unter dem Gesichtspunkte einer Beseitigung dieser Besorgnis oder der Beseitigung der Erforderlichkeit der Zwangsvollstreckung im Auslande in Betracht gezogen werden, und der Standpunkt, daß, wenn sie in dieser Richtung unzureichend ist, sie doch den Arrest ausschlösse, weil sie in gleichem

Maße unzureichend schon zur Zeit ihrer Bestellung war, ist der Civilprozeßordnung fremd.

Wie der ehemalige preußische oberste Gerichtshof den §. 12 A.G.O. I. 29 für den Zweck der Auseinanderhaltung von materiellen Rechtssätzen und Prozeßgrundsätzen im Sinne der die preußische Nichtigkeitsbeschwerde betreffenden Gesetze charakterisiert, erscheint für die vorliegende Beurteilung, die von ganz anderen begrifflichen Voraussetzungen aus zu erfolgen hat, ohne Belang. Das preußische Obertribunal hat von dem Standpunkte der ihm gemäß jenen Gesetzen obliegenden Unterscheidung aus auch die in den §§. 12. 13 A.G.O. I. 16 über die Erfordernisse der Restitutionsklage getroffenen Vorschriften für materielle Rechtsgrundsätze erklärt,

vgl. Striethorst, Archiv Bd. 79 S. 6 flg.,

und doch wird eine Folgerung hieraus, daß diese Vorschriften trotz der §§. 543 flg. C.P.O. noch jetzt Geltung hätten, schwerlich Beifall finden.

Die vom Berufungsgerichte angezogenen Äußerungen bei Beratung des Entwurfes der Civilprozeßordnung in der Reichstagskommission lassen sich für die vorliegende Streitfrage in keiner Weise im Sinne der Entscheidung des Berufungsgerichtes verwerten. Das eine Mal,

vgl. Hahn, Materialien 2. Ausg. Bd. 2 Abt. 1 S. 868,

handelt es sich darum, die Vermeidung einer ausdrücklichen Zuerkennung der Arrestberechtigung für bedingte Forderungen damit zu begründen, daß es bei suspensiver Bedingtheit vom bürgerlichen Rechte abhänge, ob der bedingte Zustand überhaupt bereits ein Recht begründe, das andere Mal,

vgl. Hahn, a. a. O. S. 869,

einen Antrag zu beseitigen, welcher den Arrest auch ohne Besorgnis der Gefährduug der Zwangsvollstreckung für den Fall der Verminderung der gewährten Sicherheit durch den Schuldner zulassen wollte. Hier wurde mit vollem Rechte darauf hingewiesen, daß die Verpflichtung, eine gewährte Sicherheit zu ergänzen, eine Verpflichtung sei, die dem bürgerlichen Rechte angehöre. Dagegen ist gerade, nach S. 868 daf. a. E., vom Vertreter der Bundesregierungen geäußert worden, „das bürgerliche Recht enthalte keine Bestimmung darüber, ob ein Arrest zulässig sei oder nicht, dies sei eine rein prozessuale Bestimmung".

Aus der diesseitigen Auffassung ergiebt sich zugleich, daß es, da es sich um ein in Deutschland zu begründendes, prozeßrechtliches Verhältnis handelt, ebenso unerheblich ist, ob das ungarische Recht für den Arrestprozeß die gleichen oder etwa dem §. 12 A.G.O. I. 29 entsprechende Grundsätze hat, wie ob das ungarische Recht im Falle einmal gewährter Sicherheit einen privatrechtlichen Anspruch auf Ergänzung der Sicherheit gewährt oder versagt.

Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden. Es konnte aber eine Entscheidung in der Sache nicht getroffen werden, obwohl das Berufungsgericht die übrigen Gründe des Widerspruches gegen den Arrest bereits geprüft und verworfen hat. Denn es konnte die Begründung nicht für zutreffend erachtet werden, auf welche hin die Zurückweisung des eventuellen Antrages der Arrestbeklagten, den Arrest nur mit der Maßgabe zu bestätigen, daß die Arrestklägerin gehalten sei, zur Sicherheit der Arrestbeklagten die dem Arrestantrage zu Grunde liegenden Obliegenheiten während der Dauer des Arrestverfahrens zu hinterlegen, erfolgt ist.... Die Arrestbeklagte hatte ihren Antrag darauf gestützt, daß sie bei freier Verfügung der Arrestklägerin über die Obligationen die Gefahr laufe, wegen derselben von einem neuen Inhaber mit neuen Arrestanträgen überzogen zu werden. Das Gericht macht hiergegen geltend, daß zu einer solchen, die freie Verfügung der Arrestklägerin über die Schuldverschreibungen hindernden Maßregel kein rechtlicher Grund vorliege. Dies ist richtig, soweit dem Antrage der Arrestbeklagten die Auffassung zu Grunde liegen möchte, daß zur Begründung des Arrestes auf Grund von Inhaberpapieren deren Vinkulierung, sodaß sie im Besitze des Arrestklägers bleiben müßten, erforderlich wäre. In dieser Beziehung steht die Forderung aus Inhaberpapieren nicht anders wie jede andere Forderung. Aber nach §. 801 C.P.O. kann das Gericht die Anordnung des Arrestes von der Leistung einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheit wegen der dem Gegner drohenden Nachteile abhängig machen, und diese Abhängigmachung kann gemäß §. 805 das. auch noch durch das auf den erfolgenden Widerspruch des Arrestbeklagten ergehende Urteil ausgesprochen werden. Ist ein dahingehender Antrag seitens des Arrestbeklagten gestellt, so muß die Zurückweisung dieses Antrages begründet werden. Eine Begründung der Zurückweisung des in dieser Richtung gestellten Antrages findet

sich in dem Urteile nur dahin, daß die Möglichkeit der Arrestbeklagten drohender Nachteile deshalb geleugnet wird, weil die Arrestbeklagte die in einem Wechsel des Inhabers der Obligationen liegende Gefahr eines wiederholten Arrestbefehles durch den dann zu erhebenden und durch den Nachweis einer bereits stattgehabten Arrestlegung mit Erfolg zu begründenden Widerspruch leugnen könne. Diese Begründung ist bei der Natur des Inhaberpapiers nicht aufrecht zu erhalten, gleichviel ob man dabei auf die materiellen Wirkungen der einmal erfolgten Arrestanlegung oder auf deren prozeßrechtliche Wirkungen das Gewicht legen will. Sowenig der Schuldner aus dem Inhaberpapiere einem neuen gutgläubigen Inhaber des Papieres die an einen früheren Inhaber geleistete Zahlung entgegensetzen kann, sowenig kann er ihm eine an den letzteren erfolgte Pfandhingabe entgegenhalten. Er muß demselben zahlen und kann sich nur, ohne diese Verpflichtung deswegen unerfüllt zu lassen, an den früheren Inhaber wegen der Pfandherausgabe halten. Eine Rechtshängigkeit für den Hauptanspruch wird durch Anbringung oder Anordnung des Arrestes überhaupt nicht begründet.

Vgl. Struckmann und Koch, Kommentar 5. Aufl. Note 2 zu §. 810 S. 894; Peters, Arrest S. 10.

Ob sich eine derselben analoge Rechtswirkung lediglich in bezug auf den Anspruch auf Arrestanlage begründen ließe, kann unerörtert bleiben, da auch der Einwand der Rechtshängigkeit dem späteren gutgläubigen Erwerber des Inhaberpapieres nicht entgegengestellt werden kann. Denn der spätere Erwerber des Inhaberpapieres ist, wenn er nicht etwa lediglich im Wege der Cession die Rechte des Vorbesitzers erwirbt, nicht Rechtsnachfolger des letzteren, sondern erwirbt das Papier aus eigenem, vermöge der Ausgabe desselben für jeden Nehmer entstehenden Rechte und die Grundsätze, welche in bezug auf den Einwand der Rechtshängigkeit oder der Verurteilung desselben Verpflichteten auf Grund der Klage eines anderen Inhabers für das Orderpapier gelten,

vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 32 S. 435. 436; Striethorst, Archiv Bd. 24 S. 210; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 7 S. 80. 81; auch Striethorst, Archiv Bd. 54 S. 294,

müssen auch für das Inhaberpapier gelten. Macht aber der Inhaber

einen durchaus selbständigen Anspruch geltend, so kann er auch beim Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen Sicherungsmaßregeln wegen desselben verlangen, und es ist nicht ersichtlich, wie die Gefährdung für den neuen Inhaber dadurch ausgeschlossen sein soll, daß infolge einer in Anerkennung der Gefährdung zu Gunsten eines früheren Inhabers bereits getroffenen Sicherheitsmaßregel die Sicherung für diesen noch besteht. Auch läßt sich gegen die Begründung des eventuellen Antrages der Arrestbeklagten nicht geltend machen, daß die Nachteile, auf deren Drohen sie hinweist, nicht aus der Arrestanlegung, sondern aus späteren Handlungen erwachsen würden, solche Handlungen aber noch nach einer rechtskräftigen Verurteilung in der Hauptsache, solange Zahlung und Aushändigung der Obligationen noch nicht erfolgt sei, möglich wären, während doch alsdann, auch wenn die Klägerin ein erst in langer Dauer realisierbares Aktivum hatte pfänden lassen, von einer Sicherheitsleistung ihrerseits nicht die Rede sein könne. Allein daß der Schuldner gegen die Eventualitäten, die nach rechtskräftiger Verurteilung eintreten können, keine Sicherung beanspruchen kann, erklärt sich daraus, daß es seine Sache ist, dem Urteile zu genügen, in welchem Falle die Eventualitäten ausgeschlossen bleiben. Dieser Gesichtspunkt trifft für antizipierte Pfändungen, noch dazu wegen eines nicht fälligen Anspruches, nicht zu. Das Gesetz beschränkt aber den Begriff der aus der Arrestanlegung drohenden Nachteile nicht derartig, daß darunter nicht auch solche Nachteile begriffen sein könnten, welche durch das Auftreten eines neuen Gläubigers bei erfolgter und demselben gegenüber nicht anwendbarer Festlegung der Zahlungsmittel des Schuldners durch den Arrest eintreten. Bei einer gewöhnlichen Forderung ist solche Eventualität rechtlich ausgeschlossen, bei einem Inhaberpapiere aber eben nicht. Selbstverständlich ist es, daß bei dieser Auffassung die dem Anspruche zu Grunde liegenden Obligationen nur als eines der möglichen Sicherheitsmittel, unter welchen das Gericht nach freiem Ermessen zu wählen hat, falls es den gedachten Nachteil als drohend erachtet, in Betracht kommen." ...

86. Findet die Bestimmung des §. 9 C.P.O. auch auf jährliche Leistungen, welche jemandem für seine Lebenszeit zu gewähren sind, Anwendung, wenn die Leistungen erst nach einer Reihe von Jahren anfangen sollen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 29. Mai 1890 i. S. des preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. VI. 61/90.

I. Landgericht Stolp.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Gründe:

„Es fragt sich zunächst, ob die Revisionssumme vorhanden ist.

Der Beklagte und Revisionskläger beschwert sich über zwei Punkte des angefochtenen Urteiles.

Die erste Beschwerde betrifft eine Summe von 480 ℳ.

Die zweite Beschwerde geht dahin, daß die dem Kläger zugesprochene lebenslängliche Rente von dem 1. Oktober 1916 ab um 107,12 ℳ zu hoch bestimmt worden sei. Die Revision macht geltend, daß nach §. 9 C.P.O. der Wert dieser Beschwerde auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag des von der jährlichen Rente streitigen Teiles zu berechnen sei. Allein hierin kann derselben nicht beigetreten werden. Es handelt sich darum, ob die dem Kläger vom 1. Oktober 1916 ab, dem voraussichtlichen Zeitpunkte seiner eventuellen Pensionierung, zugesprochene Rente um 107,12 ℳ zu hoch bemessen worden ist. Der Kläger würde am 1. Oktober 1916 sein 65. Lebensjahr vollenden. Der fragliche Streit hat also nur für den Fall, daß der infolge eines Eisenbahnunfalles an einer schweren Erkrankung des Nervensystems leidende Kläger über 65 Jahre alt wird, praktische Bedeutung. Es erscheint nun nicht zulässig, die von der Revision in Bezug genommene Vorschrift des §. 9 C.P.O. auf einen solchen Fall anzuwenden, in welchem es erst von einem nach einer Reihe von Jahren eintretenden, unsicheren Ereignisse abhängt, ob es überhaupt zu der streitigen Leistung kommen wird, und den Wert einer bedingten und jedenfalls erst nach langer Zeit anfangenden, jährlichen Leistung ebenso hoch zu bestimmen wie den Wert einer gegenwärtigen, unbedingten, jährlichen Leistung. Vielmehr ist hier entsprechend dem §. 3 C.P.O. der Wert des Streitgegenstandes nach freiem richterlichen Ermessen festzusetzen.

Von demselben Grundsatze ist der Senat schon in den Beschlüssen vom 22. Februar 1889 und vom 17. Januar 1890 (Beschw.-Rep. VI. 58/89 und Beschw.-Rep. VI. 44/90) ausgegangen.

Das freie richterliche Ermessen führt nun nicht dazu, den Wert der beiden Beschwerdepunkte zusammengerechnet auf über 1500 ℳ anzunehmen."

---

87. Ist in dem Falle, wenn das Revisionsgericht ein Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, das erste Urteil schon insoweit rechtskräftig, als es nicht durch die Anträge des aufgehobenen Berufungsurteiles angefochten ist?

IV. Civilsenat. Beschl. v. 7. Juni 1890 i. S. O. (Bekl.) w. O. (Kl.) Beschw.-Rep. IV. 73/90.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Gegen das landgerichtliche Urteil, durch welches unter Abweisung der Klage auf die Widerklage die Ehe der Parteien getrennt und der Kläger für den allein schuldigen Teil erklärt war, hatte der Kläger Berufung eingelegt, deren Antrag nur in betreff der Schuldfrage eine Abänderung verlangte. Das Berufungsgericht wies die Berufung zurück. Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Aufhebung erfolgte, weil das Berufungsgericht, statt über den nicht für bewiesen erachteten Ehebruch, welchen das erste Urteil als festgestellt angesehen, die weiter vorgebrachten Beweise aufzunehmen, einen anderen verziehenen Ehebruch des Klägers als entscheidend für die Schuldfrage in Betracht gezogen hatte. Nach der erneuerten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte, bei welcher wiederum nur der die Schuldfrage betreffende Antrag des Klägers verlesen wurde, erging ein Beweisbeschluß. Bei dieser Sachlage suchte die Beklagte die Er-

teilung eines Zeugnisses über die Rechtskraft des landgerichtlichen Urteiles hinsichtlich der Ehescheidung nach. Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichtes lehnte die Erteilung des Zeugnisses wegen der noch schwebenden Berufung ab, und die sodann nachgesuchte Entscheidung des Berufungsgerichtes selbst billigte die Ablehnung, weil es dem Kläger unbenommen bleibe, die Berufung auf die Scheidungsfrage auszudehnen, wenngleich dieses Rechtsmittel von ihm vordem nur auf die Schuldfrage beschränkt worden sei. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde ist vom Reichsgerichte zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„Durch das Revisionsurteil ist das ergangene Berufungsurteil in seinem ganzen Umfange ohne allen Vorbehalt aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dadurch ist die Sache in die nämliche Lage zurückversetzt, als wenn das Berufungsgericht zum erstenmal zu verhandeln und zu entscheiden hätte; nur die eine Schranke ist hierbei einzuhalten, daß die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch der künftigen Entscheidung des Berufungsgerichtes zu Grunde gelegt werden muß (§. 528 Abss. 1. 2 C.P.O.).

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 408; Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 1122.

Da nun der Berufungskläger, insofern ihm nicht ein Verzicht seinerseits entgegensteht (§. 475 C.P.O.), bis zum Schlusse der letzten in der Berufungsinstanz stattfindenden mündlichen Verhandlung mit Anträgen, welche eine Klagänderung nicht enthalten, das erste Urteil anfechten kann (§. 489 C.P.O.), ein Verzicht des Berufungsklägers hier aber nicht vorliegt, auch ein die Ehescheidung anfechtender Antrag ohne Änderung der gegenwärtigen Ehescheidungsklage gestellt werden kann, so ist die im ersten Urteile ausgesprochene Ehescheidung zur Zeit noch nicht rechtskräftig und daher die Erteilung des beantragten Zeugnisses mit Recht abgelehnt."

88. Sind bei der Wertsbemessung des Arreststreites neben der Hauptforderung auch die Zinsen und Kosten, für welche Sicherung durch Arrest beantragt und erfolgt ist, in Ansatz zu bringen?

I. Civilsenat. Beschl. v. 25. Juni 1890 i. S. der Kaschau-Oberberger Eisenbahngesellschaft (Bekl.) w. D. & B. (Kl.) Beschw.-Rep. I. 23/90.

I. Oberlandesgericht Breslau.

Es war Beschwerde darüber erhoben, daß die Wertsbemessung für die Berechnung der Gerichtskosten in der durch Widerspruch des Arrestbeklagten anhängig gewordenen Streitsache, betreffend die Aufhebung des Arrestbefehles und Pfändungsbeschlusses, nach dem Werte der Kapitalsforderung ohne Rücksicht auf die ebenfalls zum Gegenstande der Sicherung durch Arrest gemachten Zinsen und Prozeßkosten erfolgt war. Das Reichsgericht hat die Beschwerde verworfen.

Gründe:

... „Der Arrest dient als Mittel zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung (§. 796 C.P.O.). Wenn auf den Streit über die Rechtmäßigkeit des Arrestes auf Grund erhobenen Widerspruches (§§. 804. 805 C.P.O.) der §. 6 C.P.O. anwendbar sein soll, so wäre diese Anwendung nur damit zu begründen, daß man als den Streitgegenstand die Sicherstellung oder das Pfandrecht, welche durch den Arrestvollzug bewirkt worden, erachtete. Alsdann würde aber gerade nach §. 6 der Wert des Streitgegenstandes durch den Betrag der Forderung, wegen deren die Sicherstellung oder das Pfandrecht begehrt ist, bestimmt, sofern nicht, was hier nicht der Fall, der Wert des Pfandes geringer ist. Für den Wertsbetrag der Forderung ist aber der §. 4 C.P.O., der Zinsen und Kosten als Nebenforderungen von der Berücksichtigung ausschließt, maßgebend. Entsprechend dieser Auffassung sind in Streitigkeiten über die vorzugsweise Befriedigung aus den Erlösen von Pfandstücken,

vgl. Beschluß des I. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 18. Dezember 1880, Beschw.-Rep. I. 44/80, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 S. 366 und Urteil des II. Civilsenates vom 25. März 1887, Rep. II. 364/86, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 18 S. 373,

in den sog. Exekutionsinterventionsprozessen,

vgl. Urteil des II. Civilsenates vom 30. Oktober 1883, Rep. II. 234/83, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 393, und die Beschlüsse des III. Civilsenates vom 21. September 1888, Beschw.-Rep. III. 86/88, sowie des V. Civilsenates vom 4. Januar 1890, Beschw.-Rep. V. 149/89,

in Streitigkeiten um ein Absonderungsrecht im Konkurse auf Grund einer vorausgegangenen Pfändung,

vgl. Urteil des III. Civilsenates vom 23. Juni 1882, Rep. III. 234/82, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 327,

und bei Rechtsmitteln gegen Urteile, durch welche der Kläger auf Grund des §. 655 C.P.O. zur Zurückzahlung bereits mit Zinsen und Kosten beigetriebener Forderungsbeträge verurteilt worden,

vgl. Urteil des II. Civilsenates vom 10. Juli 1883, Rep. II. 174/83, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 9 S. 411,

für die Wertsberechnung die Beträge der Forderungen ohne Zinsen und Kosten angesetzt worden. Das in der Beschwerde in Bezug genommene Urteil des IV. Civilsenates vom 31. Mai 1880 i. S. Witwe Fl. w. Stadtgemeinde Neu-Tirschtiegel, Rep. IV. 501/80, behandelte einen Fall, in welchem im Wege des Arrestes eine Vormerkung von 1800 ℳ auf Grundstücken der Klägerin, aber wegen einer zunächst auch auf 1800 ℳ angenommenen Defektenforderung, eingetragen worden war und für die Revisibilität des auf Aufhebung dieses Arrestes gerichteten Anspruches die Thatsache in Betracht gezogen werden sollte, daß die Parteien im Prozesse sich darüber einverstanden erklärt hatten, daß die durch die Vormerkung zu sichernde Forderung nur noch in Höhe von 772,91 ℳ ungedeckt sei. Es handelte sich hier also um der vorliegenden Streitfrage durchaus fernliegende Gesichtspunkte. Wenn sodann für Prozesse, welche die Anfechtung von Veräußerungen, die zum Nachteile von Gläubigern geschlossen sind, zum Gegenstande haben, angenommen worden ist, daß hier die Kapitalforderung und die zuerkannten Zinsen und Kosten einen einzigen Hauptanspruch bilden,

vgl. Urteile des III. Civilsenates vom 14. November 1884, Rep. III. 193/84 und vom 2. März 1886, Rep. III. 299/85, sowie des II. Civilsenates vom 27. Mai 1887, Rep. II. 22/87, in Bolze, Praxis Bd. 1 Nr. 1115, Bd. 2 Nr. 1415 und Bd. 4 Nr. 1077,

so läßt sich mit dem völlig selbständigen Anfechtungsprozesse der Anspruch auf eine Antizipation der Zwangsvollstreckung vor dem obsieglichen Urteile in der Hauptsache, wie er im Arrestgesuche zum Ausdrucke kommt, in keiner Weise in Parallele stellen.

Nun ist zur Begründung der Auffassung, daß, wenn auch nicht die Kosten, so doch die geforderten Zinsen bei der Wertsberechnung für den Streit über die Rechtmäßigkeit des Arrestes mit in Ansatz gebracht werden müßten, auf die Bestimmung des §. 13 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878: „Für Akte der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung werden die einzuziehenden Zinsen mitberechnet," hingewiesen worden. Allein bereits in dem Beschlusse des IV. Civilsenates vom 19. Februar 1883, Beschw.-Rep. IV. 22/83 (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 401), ist der grundsätzliche Unterschied hervorgehoben worden, der zwischen der Anordnung des Arrestes, dem Arrestbefehle als dem Titel für die Anlegung des Arrestes analog dem Urteile als dem Titel zur Zwangsvollstreckung, und der Anlegung oder Vollziehung des Arrestes gemacht werden muß. Die §§. 796—807 C.P.O. behandeln lediglich die Anordnung des Arrestes. Die dem Arrestbeklagten im Falle seines Widerspruches gewährleistete Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Urteil bezieht sich auf die Anordnung des Arrestes (§§. 801. 802. 805. 807). Ob der Arrest auch vollzogen ist, erscheint hierbei völlig einflußlos. Der Widerspruch richtet sich gegen die Anordnung, nicht gegen die erfolgte Vollziehung, und er muß die ihm im Gesetze zugeschriebene Wirkung ausüben, auch wenn der Arrest noch gar nicht vollzogen, sondern auch nur ohne Hinweis auf ein bestimmtes Objekt allgemein als dinglicher Arrest angeordnet ist. Es lassen sich daher auch nicht in bezug auf die Bedeutung und die Wirkungen des Streites über die Rechtmäßigkeit des Arrestes Unterschiede aufstellen, je nachdem der Arrest nur angeordnet oder auch vollzogen ist, und es ist unerheblich, ob der Arrestbeklagte bei seinem Widerspruche auch zugleich den Antrag, in Konsequenz der Aufhebung des Arrestbefehles auch die geschehene Vollzugshandlung aufzuheben, gestellt hat. Auch ohne Stellung solchen Antrages müßte mit der Aufhebung des Arrestbefehles die erfolgte Vollzugshandlung zur Aufhebung gelangen. Erst in den §§. 808—813 wird die Vollziehung des Arrestes behandelt nnd zunächst bestimmt,

daß auf dieselbe die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, und weiter §. 810, daß die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen durch Pfändung bewirkt wird, woraus sich gemäß §. 730 ergiebt, daß bei Vollziehung des Arrestes in Geldforderungen der — von dem Arrestbefehle zu scheidende — Pfändungsbeschluß zur Arrestvollziehung gehört. Für die Rechtsbehelfe, welche die Vollziehung des Arrestes, dieselbe von der Rechtmäßigkeit der Anordnung geschieden, betreffen, sind die entsprechenden Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung und der §. 813 maßgebend. Die Arrestanordnung ist demnach kein Akt der Zwangsvollstreckung, und der infolge des Widerspruches der Arrestbeklagten verhandelte Streit betrifft die Rechtmäßigkeit der Arrestanordnung, nicht besondere Einwendungen in betreff des Vollzuges. Der herangezogene Beschluß des I. Civilsenates in der Beschwerdesache D. & B. w. die Lemberg-Czernowitz-Jassyer Eisenbahngesellschaft vom 17. Juni 1885, Beschw.-Rep. I. 19/85, nach welchem bei Berechnung des Beschwerdewertes die Zinsen der Forderung, wegen deren der Arrest ausgebracht worden, zum Ansatze gebracht wurden, steht mit dieser Auffassung durchaus im Einklange. Denn dort handelte es sich um eine Beschwerde der Drittschuldnerin über die geschehene Vollziehung des Arrestes durch Pfändung der Forderung der Arrestbeklagten an dieselbe, die sich darauf stützte, daß gegen sie als Österreicherin seitens des deutschen Gerichtes nicht das Verbot, an die Arrestbeklagte ihre Schuld zu zahlen, habe erlassen werden dürfen, und in der ausdrücklich betont wurde, daß die Arrestanordnung von der Beschwerdeführerin als Drittschuldnerin gar nicht bekämpft werden solle und könne. Ob übrigens auch nur in denjenigen Fällen, in welchen den Vollzug des Arrestes betreffende Einwände des Arrestbeklagten durch Urteil zur Erledigung zu gelangen hätten, wie etwa im Falle entsprechender Anwendung des §. 687 (vgl. §. 809 C.P.O.), wegen des §. 13 des Gerichtskostengesetzes die Zinsen dem Werte des Streitgegenstandes hinzuzurechnen wären, braucht hier nicht entschieden zu werden."

89. 1. Ist der Anspruch des Rechtsanwaltes auf die ihm nach Maßgabe der Gebührenordnung für Rechtsanwälte für gerichtliche Thätigkeit zustehenden Gebühren dadurch bedingt, daß der Rechtsanwalt bei dem Prozeßgerichte zugelassen ist?

2. Erstreckt sich in dem in §. 467 C.P.O. vorgesehenen Falle die Kostenersatzpflicht auf Grund des §. 87 Abs. 2 das. schlechtweg auf die Kosten des beim Amtsgerichte aufgetretenen, beim Landgerichte nicht zugelassenen Anwaltes, wenn dieser auch bei dem betreffenden Amtsgerichte nicht zugelassen war?

VI. Civilsenat. Beschl. v. 30. Juni 1890 i. S. M. (Kl.) w. H. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 74/90.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Gründe:

„Das Oberlandesgericht hat durch den angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluß von dem dem Kläger durch das Landgericht zugebilligten Betrage auf Beschwerde des Beklagten diejenigen Kosten abgesetzt, welche dadurch entstanden waren, daß der Kläger für den von ihm vor dem Amtsgerichte zu Breslau erhobenen Rechtsstreit zunächst den nicht beim dortigen Landgerichte, sondern beim Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt M. zum Prozeßbevollmächtigten bestellt hatte, sodaß, nachdem nach Maßgabe des §. 467 C.P.O. das Amtsgericht sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen hatte, die Bestellung eines anderen Anwaltes bei dem letzteren von seiten des Klägers erforderlich geworden war. Es hatte außer diesem letzteren Anwalte, dessen Gebühren und Auslagen bereits ohne gerichtliches Kostenfestsetzungsverfahren dem Kläger von dem Beklagten ersetzt worden sind, auch der Rechtsanwalt M. dem Kläger Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in Ansatz gebracht. Das Oberlandesgericht hat nun erwogen, daß, wenn der Kläger schon für das amtsgerichtliche Verfahren denselben Anwalt bestellt hätte, welcher ihn sodann beim Landgerichte vertreten hat, nach §. 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in Verbindung mit §. 26 daselbst und §. 30 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes die Gebühren für das Verfahren beim Amtsgerichte und für dasjenige beim Landgerichte zusammen nur einmal zu

entrichten gewesen sein würden, sowie auch einige Korrespondenz erspart worden wäre, daß derjenige Fall, in welchem nach §. 87 Abs. 2 C.P.O. auch diese die Kosten eines Rechtsanwaltes übersteigenden Kosten mehrerer Rechtsanwälte zu erstatten sein würden, nicht gegeben sei, da der Wechsel in der Person des Rechtsanwaltes nicht unvermeidlich gewesen sei, vielmehr der Kläger sich nach Lage der Sache von vornherein hätte sagen können, daß wahrscheinlich durch Erhebung einer Widerklage der im §. 467 C.P.O. vorgesehene Fall herbeigeführt werden würde, und daß aus diesem Grunde auch nicht davon die Rede sein könne, daß die fraglichen Mehrkosten im Sinne des §. 87 Abs. 1 zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen wären.

Diesen Gründen des Oberlandesgerichtes gegenüber hat sich der Kläger mit Unrecht darauf berufen, daß der vollstreckbare Titel für die Kostenerstattungspflicht des Gegners hier in einem gerichtlichen Vergleiche bestehe, in welchem letzterer sämtliche Kosten des Rechtsstreites übernommen habe. Denn darin liegt nichts, was Anlaß gäbe, die Erstattungspflicht hier weiter auszudehnen als im Falle einer Verurteilung zum Ersatze sämtlicher Prozeßkosten; wie ja übrigens auch mittels des besonderen Kostenerstattungsverfahrens keinesfalls der Ersatz anderer Kosten als der unter §. 87 C.P.O. fallenden würde erlangt werden können. Aber diesen Kosten sind auch die Grenzen im angefochtenen Beschlusse zu eng gezogen worden.

Auszugehen war davon, daß die Bestimmung des §. 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, wonach der Rechtsanwalt jede der in §. 13 daselbst benannten Gebühren in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Teiles des Streitgegenstandes nur einmal beanspruchen kann, hier keinenfalls unmittelbare Anwendung finden könne, da es sich nicht um den doppelten Anspruch eines Rechtsanwaltes, sondern um die Ansprüche zweier verschiedener Rechtsanwälte handelt. Aber auch die Vorschrift des zweiten Satzes des Abs. 2 des §. 87 C.P.O., wonach durch eine Mehrzahl von Rechtsanwälten die im ersten Satze daselbst festgestellte Erstattungspflicht des Gegners für Rechtsanwaltskosten regelmäßig nicht über den Betrag der Kosten eines Rechtsanwaltes hinaus gesteigert werden kann, kommt im Falle des §. 467 C.P.O. jedenfalls der Regel nach zunächst dann nicht in Betracht, wenn die Partei beim Amtsgerichte durch einen bei diesem,

nicht aber beim Landgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten war, weil hier der gesetzliche Ausnahmefall vorliegt, daß ein Wechsel in der Person des Rechtsanwaltes eintreten mußte; dies ist vom Reichsgerichte auch schon ausgesprochen in der Beschwerdesache Rep. VI. 113/87, mitgeteilt in der Juristischen Wochenschrift von 1887 S. 416. Es würde auch ganz grundlos sein, wenn man von dieser Regel wieder eine Ausnahme für den Fall aufstellen wollte, daß die Partei besonderen Anlaß zu der Annahme gehabt hätte, es werde wohl zu einer Verweisung der Sache an das Landgericht nach Maßgabe des §. 467 C.P.O. kommen, und daß für sie die Füglichkeit vorgelegen hätte, auch zur Vertretung vor dem Amtsgerichte sich schon eines beim Landgerichte zugelassenen Anwaltes zu bedienen. Abgesehen davon, daß formell die Möglichkeit der in §. 467 C.P.O. vorgesehenen Wendung der Sache in jedem Falle gegeben ist, hat im Sinne des ersten Satzes des Abs. 2 des §. 87 das. auch jede Partei schlechthin ein Recht darauf, sich beim Amtsgerichte durch einen bei diesem zugelassenen Anwalt nach ihrer freien Wahl vertreten zu lassen, und wenn dann dieser Rechtsanwalt nicht auch beim Landgerichte zugelassen ist, so läßt sich im Falle der Verweisung der Sache an letzteres der Wechsel in der Person des Anwaltes eben nicht vermeiden.

Es ist kein Grund dafür ersichtlich, zu einem anderen praktischen Ergebnisse in einem Falle zu gelangen, wo, wie hier, der beim Amtsgerichte aufgetretene Anwalt auch nicht einmal bei diesem zugelassen ist. Zunächst steht es außer Zweifel, daß die Gebührenordnung für Rechtsanwälte nach §. 1 das. die Vergütung für jede Art der Berufsthätigkeit eines Rechtsanwaltes in Beziehung auf ein bei den ordentlichen Gerichten nach Maßgabe der Civilprozeßordnung, der Strafprozeßordnung oder der Konkursordnung angebrachtes oder anzubringendes Verfahren regelt, ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem betreffenden Gerichte gerade zugelassen ist oder nicht; wie schon daraus hervorgeht, daß mehrere Arten der Thätigkeit, für welche die Vergütung im Gesetze bestimmt ist, sich überhaupt nie bei dem Gerichte abspielen, bei welchem der Rechtsanwalt zugelassen ist (vgl. z. B. die §§. 43. 44. 46. 47. 48 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte). Nun ist es allerdings an sich eine andere Frage, ob das Nichtzugelassensein des als Bevollmächtigten aufgetretenen Rechtsanwaltes nicht auf die Erstattungspflicht des Gegners einen Einfluß übe. Man

könnte der Meinung sein, daß in dieser Beziehung in einem solchen Falle doch mindestens das freie richterliche Ermessen des §. 87 Abs. 1 C.P.O. eintreten müsse, weil ein Fall doppelter Erstattungspflicht auf Grund des Abs. 2 das. hier nicht gegeben sei. Jedoch würde solche Ansicht keinen Beifall verdienen. Denn wenn das einmal feststeht, daß die doppelte Ersatzpflicht des kostenpflichtigen Gegners unter der Voraussetzung schlechthin begründet sein würde, daß die Partei sich beim Amtsgerichte eines nur bei diesem, nicht auch beim Landgerichte zugelassenen Anwaltes bedient hätte — wobei es für den vorliegenden Fall unerheblich ist, ob solche Anwälte gerade in Breslau überhaupt existieren, und ob sie nicht überhaupt an allen Landgerichtssitzen nur selten vorkommen —, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gegner dann nicht auch die durch die Verwendung eines weder beim Amtsgerichte noch beim Landgerichte, sondern z. B. nur beim Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwaltes entstandenen Doppelkosten schlechthin zu erstatten verpflichtet sein sollte, so lange diese sich nicht höher belaufen als die bei Aufstellung eines nur beim Amtsgerichte zugelassenen Rechtsanwaltes voraussetzlich entstehenden. Auch hat der V. Civilsenat des Reichsgerichtes die hier fraglichen Doppelkosten schon in einem Falle für erstattungsfähig erklärt, wo die Partei beim Amtsgerichte durch einen weder bei diesem, noch beim Landgerichte, sondern nur bei einem anderen Amtsgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten gewesen war.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 22 S. 432 flg.

Freilich mag jener Fall so gelegen haben, daß man auch vom Standpunkte des Abs. 1 des §. 87 C.P.O. aus dazu gelangt sein würde, die fraglichen Kosten für zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesene zu erklären; aber jedenfalls haben sich auch dort die Erwägungen des damals entscheidenden Senates auf diese Seite der Sache gar nicht erstreckt.

Hiernach konnte derjenigen Auffassung der betreffenden Gesetzesbestimmungen, durch welche das Oberlandesgericht zur Abänderuug des landgerichtlichen Beschlusses gelangt ist, nicht beigetreten werden, und da im übrigen gegen die vom Landgerichte gebilligten Ansätze der klägerischen Kostenrechnung keine Bedenken zu erheben waren, so mußte, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, die Wiederherstellung der Entscheidung erster Instanz erfolgen." . . .

90. Ist ein Hypothekengläubiger, der im Zwangsversteigerungsverfahren bis zum Schlusse des Termines zur Belegung und Verteilung des Kaufgeldes dem im Teilungsplane berücksichtigten Liquidat eines vorstehenden Hypothekengläubigers nicht widersprochen hat, nachdem auf Widerspruch eines ihm nachstehenden Gläubigers eine Streitmasse gebildet ist, berechtigt, an dem über diese stattfindenden anderweiten Verteilungsverfahren teilzunehmen und aus der Streitmasse seine Befriedigung zu suchen?

Preuß. Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 13. Juli 1883 §. 113.
C.P.O. §§. 762. 763. 764. 766.

V. Civilsenat. Urt. v. 2. Juli 1890 i. S. Kl. (Bekl.) w. K. u. Gen. (Kl.) Rep. V. 67/90.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a./S.

Das dem Bauunternehmer H. gehörige, im Grundbuche von M. Bd. 27 Bl. 1415 verzeichnete Grundstück ist im Jahre 1888 im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft worden. Auf demselben hafteten folgende Hypotheken in nachstehender Reihenfolge:

a) Nr. 15 eine Kaution von 15 000 ℳ für den Kaufmann Albert Sch.,
b) Nr. 20 eine Kostenforderung von 1301,50 ℳ für die Gerichtskasse zu M.,
c) Nr. 21 eine Kaution von 6000 ℳ für den Beklagten Kl.,
d) Nr. 22 eine Kaution von 6000 ℳ für den Kläger K.,
e) Nr. 24 eine Kaution von 4000 ℳ für die Klägerin H. & Co., die im Laufe des Subhastationsverfahrens in eine definitive Hypothek umgeschrieben wurde.

Im Kaufgelderbelegungstermine machten die genannten Gläubiger ihre Ansprüche in voller Höhe gegen die Kaufgeldermasse geltend. Nach dem aufgestellten Verteilungsplane kamen die Liquidate zu litt. a und b voll, das des Beklagten aber nur mit 799,74 ℳ zur Hebung; er fiel mit 5200,26 ℳ, die Kläger dagegen fielen mit ihren ganzen

Forderungen aus. Von dem Beklagten wurde dem Teilungsplane Widerspruch nicht entgegengesetzt, dagegen widersprachen beide Kläger dem Liquidate des Sch. (litt. a) und H. & Co. zugleich dem Liquidate der Gerichtskasse (litt. b). Sie wurden vom Vollstreckungsgerichte auf den Weg der Klage gewiesen, und die entsprechenden Beträge zu Streitmassen genommen. Sch. ermäßigte nach Abhaltung des Termines seinen Anspruch um 3365 ℳ und gab diesen Betrag von der hinterlegten Summe frei. Die Gerichtskasse erkannte noch vor dem Verhandlungstermine in einer beglaubigten Urkunde an, daß ihre Kostenforderung nur noch in Höhe von 306,50 ℳ validiere, und ließ ihre weiteren Ansprüche (995 ℳ) fallen. Das Vollstreckungsgericht setzte nun zur Verhandlung über die freigewordenen Beträge einen neuen Termin an, zu dem es nicht bloß die Gläubiger zuzog, welche im früheren Termine widersprochen hatten, sondern alle, welche damals ganz oder zum Teile ausgefallen waren; so auch den Beklagten. Dieser nahm nunmehr die ganze freigewordene Summe von 4360 ℳ für sich auf seinen Ausfall von 5200,26 ℳ in Anspruch. Auf den Widerspruch der Kläger wurden diese zum Prozesse verwiesen und haben infolgedessen die vorliegende Klage mit dem Antrage erhoben, den Beklagten zu verurteilen, darin zu willigen, daß die ersterwähnten 3365 ℳ dem Kläger K., die letztgedachten 995 ℳ dagegen der Klägerin H. & Co. ausgezahlt werden. Der erste Richter erklärte den Widerspruch der Kläger für begründet und ordnete die Anfertigung eines neuen Planes und ein anderweites Verteilungsverfahren an. Die hiergegen vom Beklagten eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Seine Revision ist vom Reichsgerichte zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter geht in Übereinstimmung mit der ersten Instanz von dem Grundsatze aus, daß ein Gläubiger, der im Kaufgelderbelegungstermine dem Liquidate eines vorstehenden Gläubigers nicht widersprochen hat, dadurch des Widerspruchsrechtes für das weitere Verfahren verlustig geht und deshalb nicht befugt ist, sich die Vorteile anzueignen, die ein ihm nachstehender Gläubiger infolge des von diesem erhobenen Widerspruches einem prälozierten Gläubiger gegenüber erlangt hat, daß vielmehr nur diejenigen Gläubiger an der Verteilung der so freigewordenen Beträge teilnehmen, welche den

Widerspruch bis zum Schlusse des Kaufgelderbelegungstermines erhoben oder sich ihm angeschlossen haben.[1] Dieser Ansicht ist beizutreten.

Nach §. 113 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, erfolgen die Verhandlung über den Teilungsplan, die Erledigung erhobener Ansprüche und die Ausführung des Planes unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§. 762—768 C.P.O. Der §. 762 verordnet, daß, wenn gegen den Teilungsplan ein Widerspruch im Termine nicht erhoben wird, dieser zur Ausführung zu bringen ist, und wenn ein Widerspruch sich nicht erledigt, die Ausführung des Planes insoweit erfolgt, als derselbe durch den Widerspruch nicht betroffen wird. Damit giebt das Gesetz die Zeitgrenze an, innerhalb welcher der Widerspruch geltend zu machen ist. Durch die Ausführung des Planes wird das Verteilungsverfahren in der Hauptsache beendet, und es tritt, wenn auch das Gesetz den nicht widersprechenden Gläubigern die Präklusion mit ihren Ansprüchen nicht ausdrücklich androht, doch eine solche thatsächlich ein, weil für sie in dem Verfahren kein weiteres Objekt der Befriedigung verbleibt. Soweit die Ansprüche der Gläubiger an die Masse unstreitig sind, werden sie sofort durch Zahlung bezw. Überweisung der entsprechenden Beträge getilgt; hinsichtlich der streitigen Beträge erfolgt zwar nicht die Zahlung und endgültige Überweisung, aber das Objekt der Befriedigung wird den nicht widersprechenden Gläubigern hier dadurch entzogen, daß bis zur Erledigung des Streites mit dem auf das streitige Liquidat entfallenden Betrage eine Streitmasse gebildet wird. Wem diese zukommt, darüber hat, wenn nicht der Streit durch Parteidisposition beendet wird, das Prozeßgericht auf die erhobene Klage zu befinden und nur, falls dies nicht angemessen erscheint, die Anfertigung eines neuen Planes und ein anderweites Verteilungsverfahren im Urteile anzuordnen (§. 766 C.P.O.). Da das Urteil nur unter den streitenden Parteien ergeht, so darf der Prozeßrichter nach all-

[1] Vgl. über diese Frage Jaeckel, Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien S. 411; Heidenfeld, Die Zwangsversteigerung von Grundstücken S. 29. 30; Krech-Fischer, Das preußische Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 531. 539; Dorndorf, Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 165; Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes Bd. 1 S. 907. D. E.

gemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen bei Bestimmung des Empfangsberechtigten nur die Parteien berücksichtigen, welche ihn um Entscheidung des Rechtsstreites angerufen haben. Es folgt daraus, daß die etwaigen besseren Rechte der Gläubiger, welche diese nicht durch Widerspruch verfolgt haben, in dem Urteile außer Betracht bleiben. Nicht anders liegt die Sache, wenn der Prozeßrichter, von dem ihm eingeräumten Ermessen Gebrauch machend, ein anderweites Verteilungsverfahren anordnet. Das richterliche Urteil bringt in diesem Falle den Streit der Parteien zwar nur im Prinzipe zum Austrage, aber es stellt zugleich die Normen fest, nach denen die Verteilung unter die Parteien zu bewirken ist, und bindet den Vollstreckungsrichter, der mit der Ausführung derselben beauftragt ist. So wenig wie der Prozeßrichter darf daher auch der die Verteilung leitende Vollstreckungsrichter zu dem anderweiten Verfahren Personen zuziehen und berücksichtigen, die an dem Streite nicht beteiligt gewesen sind. Wird der Streit ohne richterliches Urteil durch Parteidisposition erledigt, so bildet der Parteiwille allein die Norm der künftigen Verteilung, und können dritte Personen bei der etwa notwendig werdenden Verteilung der Streitmasse nur dann in Betracht kommen, wenn der übereinstimmende Wille der streitenden Teile sie zuläßt. Im vorliegenden Falle haben die Gläubiger, deren Ansprüche bestritten waren, nach Abhaltung des Termines den Widerspruch der Kläger zum Teile als berechtigt anerkannt und damit ihnen die freigegebenen Beträge als Objekt ihrer Befriedigung überlassen. Die Revision, welche gegen diese Ansicht ankämpft, übersieht, daß die anderweite Verteilung der Streitmasse nicht eine Fortsetzung des ersten Termines zur Belegung der Kaufgelder ist, sondern ein selbständiges Verfahren, das sich an den Prozeß anschließt und dazu bestimmt ist, nach den in dem Urteile, dem Vergleiche oder den sonstigen Parteidispositionen gegebenen Normen das freigewordene Kaufgeld unter einen bestimmten Kreis von Interessenten zu verteilen.

Mit den oben entwickelten Grundsätzen stehen auch die §§. 763. 764 C.P.O. im Einklange. Der erstere handelt von der Versäumnis und bestimmt in seinem ersten Absatze, daß gegen einen Gläubiger, welcher im Termine weder erschienen ist, noch vor dem Termine beim Gerichte Widerspruch erhoben hat, angenommen werden soll, er sei mit Ausführung des Planes einverstanden. Die analoge Anwendung

des §. 129 C.P.O. führt dahin, das Einverständnis des Gläubigers auch dann anzunehmen, wenn er zwar erschienen ist, aber bis zum Schlusse des Termines sich über die Ansprüche der präkludierten Gläubiger nicht erklärt hat. — Nach §. 764 a. a. O. geht selbst der widersprechende Gläubiger seiner prozessualen Rechte verlustig, wenn er nicht innerhalb Monatsfrist seinen Widerspruch klagend verfolgt, und bleibt ihm nur das Recht erhalten, sein besseres materielles Recht im Wege besonderer Klage geltend zu machen. Dem Gesetzgeber würde eine Inkonsequenz zur Last fallen, wenn er dem Gläubiger, der nicht einmal widersprochen hat, noch nachträglich ein Widerspruchsrecht verleihen und ihn dadurch besser stellen wollte als den, der im Verteilungstermine seine Rechte geltend gemacht hat.

Fehlgehen die auf die §§. 762. 763 C.P.O. gestützten Ausführungen der Revision. Darin ist zwar verordnet, daß, wenn ein Widerspruch erfolgt, der bei demselben beteiligte Gläubiger sich sofort zu erklären hat, und daß, wenn ein in dem Termine nicht erschienener Gläubiger bei dem Widerspruche beteiligt ist, welchen ein anderer Gläubiger erhoben hat, angenommen werden soll, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne. Wenn aber die Revision hieraus herzuleiten sucht, daß das Schweigen des Beklagten als Widerspruch zu deuten sei, so verkennt sie das Wesen der Beteiligung im Sinne des §. 762. Das Gesetz spricht hier nicht, wie im §. 758, von den bei der Verteilung beteiligten Gläubigern, sondern nur von solchen, welche an dem Widerspruche beteiligt sind. Das sind aber nur diejenigen, deren Befriedigung durch den Widerspruch, wenn er begründet sein sollte, vereitelt wird, im vorliegenden Falle also der Kaufmann Sch. und die Gerichtskasse zu M.

Aus dem Allen ergiebt sich, daß der Beklagte zu dem nach Erledigung der Widersprüche veranlaßten weiteren Verteilungsverfahren nicht zuzuziehen war, und daß die freigewordenen Beträge nur unter die Gläubiger zu verteilen sind, welche im Kaufgelderbelegungstermine Widerspruch erhoben haben.

Welche materiellen Rechte dem Beklagten zustehen, kommt hier nicht in Frage. Es kann darum unerörtert bleiben, ob er durch die Unterlassung des Widerspruches behindert ist, seine etwaigen besseren Rechte gegen die Kläger in einem besonderen Verfahren zu verfolgen. Im gegenwärtigen Prozesse hat der Beklagte nur das formale Recht

für sich in Anspruch genommen, als Subhastationsinteressent zu der nachträglichen Verteilung zugezogen und trotz unterlassenen Widerspruches im Kaufgelderbelegungstermine dabei berücksichtigt zu werden. Dieses formalen Rechtes ist der Beklagte, wie oben erörtert, verlustig gegangen, und daraus folgt die von den Vorinstanzen ausgesprochene Verurteilung des Beklagten." ...

---

91. Verschafft nach vorläufiger Privatpfändung einer Forderung die nach Veröffentlichung eines allgemeinen Veräußerungsverbotes, aber noch vor der Konkurseröffnung erfolgte gerichtliche Pfändung jener Forderung dem Gläubiger ein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Pfandrecht an derselben?

C.P.O. §. 744.
K.O. §§. 12. 98.

VI. Civilsenat. Urt. v. 3. Juli 1890 i. S. St. & Co. (Bekl.) w. J. Konkursverwalter (Kl.). Rep. VI. 99/90.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Beklagte hatte auf Grund eines ihr gegen die Firma J. erworbenen vollstreckbaren Schuldtitels zum Belaufe von 3528,67 ℳ nebst Zinsen und Kosten nach Maßgabe des §. 744 C.P.O. Benachrichtigung von der bevorstehenden Pfändung zweier ausstehender Forderungen jener Firma der letzteren und den Drittschuldnern am 27. Juli 1889 zustellen lassen. Am 9. August 1889 wurde sodann die gerichtliche Pfändung der beiden Forderungen vollzogen. Inzwischen war aber beim Amtsgerichte von einem anderen Gläubiger ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gegen die Firma J. gestellt und infolgedavon von dem genannten Gerichte ein allgemeines Veräußerungsverbot an die letztere erlassen worden, welches am 8. August öffentlich bekannt gemacht worden war. Am 12. August wurde das Konkursverfahren eröffnet, und es hat nun der Konkursverwalter die

fragliche Forderungspfändung als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam angefochten.

Dem dem Klagantrage im wesentlichen entsprechenden Berufungsurteile konnte in seiner Begründung nicht durchweg beigepflichtet werden. Insbesondere ist dort nicht scharf genug unterschieden zwischen dem Falle, wo die in §. 744 C.P.O. erforderte, nachträgliche gerichtliche Pfändung bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht erfolgt ist, und dem hier vorliegenden, wo die Pfändung zwar erst nach öffentlicher Bekanntmachung des allgemeinen Veräußerungsverbotes, aber doch noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens stattgefunden hat. Wenigstens bezieht sich die vom Oberlandesgerichte als Autorität für seine Ansicht angeführte Bemerkung von v. Wilmowski und Levy zu §. 744 C.P.O., sowie die von Küntzel in den Beiträgen zur Erläuterung des deutsches Rechtes (Bd. 28 S. 279) mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichtes zu Berlin nur auf den ersteren Fall, der hier gar nicht in Frage steht. Das ist allerdings auch unzweifelhaft, daß von der Konkurseröffnung an der vorläufigen Privatpfändung des §. 744 C.P.O. die endgültige Wirksamkeit nicht mehr durch gerichtliche Pfändung verschafft werden kann, da der §. 11 K.O. für die Dauer des Konkursverfahrens alle Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners untersagt, und da die von v. Völderndorff in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß (Bd. 6 S. 169 flg.) aufgestellte Ansicht, wonach die Konkurseröffnung selbst hier in der fraglichen Beziehung die Stelle der gerichtlichen Pfändung vertreten sollte, als völlig unhaltbar erscheint. Als bei weitem nicht so zweifellos stellt sich aber die Entscheidung der anderen Frage dar, welche Bedeutung der bloßen öffentlichen Bekanntmachung des allgemeinen Veräußerungsverbotes in dieser Hinsicht zukomme. Es handelt sich hierbei um die Anwendung der aus §. 98 Abs. 1 in Verbindung mit §. 12 K.O. zu entnehmenden Vorschrift, daß von jener Bekanntmachung an Pfandrechte an Gegenständen der zukünftigen Konkursmasse im Wege der Zwangsvollstreckung nicht mehr mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben werden können, und es fragt sich, ob in dem durch §. 744 C.P.O. gesetzten Falle durch die gerichtliche Pfändung das Pfandrecht im Sinne dieser Bestimmung erst „erworben" wird.

Nach dem zweiten Absatze des genannten §. 744 soll die im ersten

Absatze vorgesehene Benachrichtigung des Drittschuldners die Wirkung „eines Arrestes" haben, sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen vom Tage der Benachrichtigung an bewirkt wird. Gemeint ist offenbar die Wirkung einer Arrestvollstreckung, wie sich auch in dem parenthetischen Citate des §. 810 C.P.O. kundgiebt; die fragliche Benachrichtigung des Drittschuldners soll dem Gläubiger unter der bezeichneten weiteren Voraussetzung ein Arrestpfandrecht an der Forderung verschaffen. Nun kann dahingestellt bleiben, ob man diese Voraussetzung richtiger mit dem Landgerichte als resolutive oder mit dem Oberlandesgerichte als suspensive Bedingung auffaßt; denn unter allen Umständen ist das gewiß, daß, wenn die gerichtliche Pfändung innerhalb der dreiwöchigen Frist vollzogen wird, der Regel nach alles so angesehen wird, als hätte jenes Arrestpfandrecht von Anfang an bestanden, wie auch vom Reichsgerichte schon ausgesprochen ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 331 flg.

Sonst würde es auch der Bestimmung des §. 744 C.P.O. an jeder praktischen Bedeutung fehlen; denn mit dem Augenblicke der gerichtlichen Forderungspfändung entsteht ohnehin allemal ein Pfandrecht, mindestens ein Arrestpfandrecht, gewöhnlich aber sogar ein vollständiges Pfändungspfandrecht. Ob die auf diesen Punkt bezüglichen Ausführungen des Berufungsurteiles, welche nicht in jeder Beziehung klar erscheinen, dieser gesetzlichen Sachlage völlig gerecht geworden sind, kann unerörtert bleiben; denn die Entscheidung selbst war jedenfalls aufrechtzuerhalten. Mag man nämlich auch in anderen Beziehungen sagen können, daß nach erwirkter gerichtlicher Pfändung das Arrestpfandrecht als schon mit der Zustellung der Benachrichtigung an den Drittschuldner erworben gelte, so ist doch der §. 98 Abs. 1, bezw. der §. 12 K.O. nicht in diesem Sinne aufzufassen. Die hier in Rede stehende Bestimmung will soviel als möglich verhindern, daß nach Veröffentlichung des Veräußerungsverbotes ein einzelner Gläubiger sich durch irgend eine Rechtshandlung noch einen Vorzug vor der Gesamtheit der Konkursgläubiger verschaffen könne, und es entspricht daher dem Sinne des Gesetzes, unter dem „Erwerbe" von Pfandrechten, welcher den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sein soll, auch den hier fraglichen Fall, wo die Benachrichtigung nach Maßgabe des §. 744 C.P.O. bereits stattgefunden hat, mitzuverstehen,

obschon dies sonst immerhin ein Erwerb mit rückwirkender Kraft sein würde.

Demgemäß mußte die Revision der Beklagten als unbegründet zurückgewiesen werden." ...

---

92. Besteht zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland Gegenseitigkeit hinsichtlich der Vollstreckung richterlicher Urteile allgemein oder doch hinsichtlich der in Erbrechtsstreitigkeiten, auf welche die Konvention vom $\frac{12. \text{ November}}{31. \text{ Oktober}}$ 1874 Anwendung findet, ergangenen Urteile?

VI. Civilsenat. Urt. v. 23. Juni 1890 i. S. v. H. (Bekl.) w. Sp. u. Gen. (Kl.) Rep. VI. 88/90.

I. Landgericht Frankfurt a./M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 24 S. 118 abgedruckt.

---

93. Für welche Schriftstücke stehen dem Rechtsanwalte Schreibgebühren zu?

VI. Civilsenat. Beschl. v. 25. September 1890 i. S. B. (Kl.) w. L. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 96/90.

I. Landgericht Torgau.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Gründe:

„Das Oberlandesgericht hat durch den angefochtenen Beschluß ... 25 Pf. von dem dem Kläger vom Beklagten zu erstattenden Betrage abgesetzt, nämlich, da dem Beklagten nur fünf Sechstel der Prozeßkosten durch das maßgebende Urteil zu tragen auferlegt war, fünf Sechstel eines Ansatzes von 30 Pf. Schreibgebühr für die Urschrift der Klage. Die hiergegen gerichtete, rechtzeitig und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Klägers war für begründet zu er-

achten. Das Oberlandesgericht hat deshalb das Recht des klägerischen Anwaltes auf jene Schreibgebühr verneint, weil die zur Terminsbestimmung vorgelegte und sodann zur Zustellung verwandte Urschrift der Klage nicht die Reinschrift eines vom Anwalte gefertigten Entwurfes, sondern das vom Anwalte unterschriebene Konzept selbst gewesen sei, nach §. 76 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in Verbindung mit §. 80 des Gerichtskostengesetzes aber Schreibgebühren nur für Abschriften und Ausfertigungen in Ansatz zu bringen seien. Jene Thatsache steht nun zwar außer Zweifel; aber diese Rechtsauffassung trifft nicht zu. Der §. 76 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte enthält keine Bestimmung darüber, für welche Arten von Schriftstücken der Rechtsanwalt Schreibgebühren verlangen könne. Wenn jener Paragraph „für die Höhe der dem Rechtsanwalte zustehenden Schreibgebühren" auf §. 80 des Gerichtskostengesetzes verweist, so kann darunter der erste Satz des ersten Absatzes dieses §. 80:

„Die Schreibgebühren werden für Ausfertigungen und Abschriften erhoben",

nicht mitverstanden sein, weil dieser gar keine Vorschrift über die Höhe der Schreibgebühren enthält, vielmehr nur diejenigen Schriftstücke bezeichnet, für welche die Gerichte überhaupt Schreibgebühren erheben sollen. Dies ergiebt sich unmittelbar aus dem Wortsinne, wird übrigens bekräftigt durch die Entstehungsgeschichte des §. 76 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Im Regierungsentwurfe nämlich bildete der jetzt einzige Satz dieses Paragraphen nur den zweiten Absatz; vorher ging noch folgender Absatz:

„Schreibgebühren stehen dem Rechtsanwalte nur für die zum Zwecke der Einreichung bei Gericht oder zum Zwecke der Zustellung anzufertigenden Abschriften von Schriftsätzen, Urkunden, Urteilen oder Beschlüssen zu."

Es ist klar, daß nicht daran hätte gedacht werden können, in diesem Zusammenhange dem zweiten Absatze die Bedeutung beizulegen, daß er auch den ersten Satz des §. 80 des Gerichtskostengesetzes für anwendbar auf die Rechtsanwaltsgebühren erklären wolle. Dadurch, daß der Reichstag den im Entwurfe enthaltenen ersten Absatz strich, weil er die darin ausgedrückte Beschränkung des Schreibgebührenanspruches der Rechtsanwälte nicht wollte, und daß der Paragraph in dieser Form ins Gesetz überging, kann der zweite, jetzt alleinige

Absatz desselben keinen anderen Sinn erhalten haben. Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmt überhaupt nichts darüber, für welche Schriftstücke der Rechtsanwalt sich Schreibgebühren berechnen dürfe. Da aber soviel aus dem Gesetze sich ergiebt, daß dem Rechtsanwalte Schreibgebühren überhaupt zustehen sollen, so ist kein Grund ersichtlich, ihm für irgend eine Art von Schriftstücken, die innerhalb derjenigen Berufsthätigkeit, auf welche die Gebührenordnung sich bezieht, zur Erledigung der ihm erteilten Aufträge im Verkehre nach außen hin, sei es mit dem Auftraggeber selbst, sei es mit dritten Personen, insbesondere der Gegenpartei, oder mit dem Gerichte, erforderlich werden, den Anspruch auf Schreibgebühren zu versagen; nur was innerhalb seines eigenen Geschäftsbetriebes an Schreibwerk vorkommt, bleibt dabei nach der Natur der Sache außer Betracht. Daher sind dem Rechtsanwalte insbesondere auch für die Urschriften von Schriftsätzen, welche die Grundlage der Zustellung an die Gegenpartei bilden, oder welche bei Gericht eingereicht werden, Schreibgebühren zu vergüten. Letzteres scheint übrigens auch vom Oberlandesgerichte an sich nicht in Abrede genommen zu werden; nur meint dasselbe, indessen nach dem soeben Dargelegten ohne Grund, die Urschrift müsse Abschrift eines Konzeptes gewesen sein, nicht ein ohne Abschrift gebliebenes Konzept selbst, wenn dafür Schreibgebühren sollen verlangt werden können. Auch ist es für den Anspruch auf Schreibgebühren gleichgültig, wer geschrieben hat, ob der Rechtsanwalt selbst bezw. sein Vertreter oder ein Schreiber. Das Gegenteil kann nicht etwa aus dem Umstande abgeleitet werden, daß die Schreibgebühren im Gesetze unter den Gesichtspunkt zu erstattender Auslagen gebracht sind. Denn für das Schreibwerk wird nicht bloß der etwaige Schreiberlohn ausgelegt, sondern ebensowohl der Anschaffungspreis der Schreibmaterialien, und diese letztere Auslage behält auch dann ihre Bedeutung, wenn der Rechtsanwalt selbst schreibt, während andererseits die Höhe der zu ersetzenden Schreibgebühren im Gesetze nach einem Durchschnittssatze bestimmt ist ohne Rücksicht darauf, wie viel bei genauer Berechnung im einzelnen Falle wirklich als ausgelegt zu gelten hätte.

Unter den Kommentatoren der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vertritt Walter (2. Aufl. S. 418 flg.) die hier entwickelte richtige Ansicht, während Willenbücher (Kostenfestsetzungsverfahren 2. Aufl.

S. 120 flg.) auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht und Meyer (2. Aufl. S. 107 flg.) und Pfafferoth (S. 127 flg.) wenigstens einige unbegründete Unterscheidungen machen.

Nicht im Widerspruche mit der hier angenommenen Auffassung steht die in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes (Bd. 29 S. 1033) abgedruckte Entscheidung des V. Civilsenates des Reichsgerichtes, wonach die Erstattung von Schreibgebühren für das Konzept der Klage nicht verlangt werden kann, auch wenn der Rechtsanwalt zu seiner Bequemlichkeit, statt es selbst zu schreiben, es von einem Anderen schreiben läßt. Die Herstellung des Konzeptes als solchen, solange es nicht zugleich als Urschrift bei der Zustellung verwandt wird, ist eben nur eine Angelegenheit des inneren Geschäftsbetriebes des Rechtsanwaltes, sodaß derselbe hierfür keine besondere Vergütung verlangen kann. Allerdings scheint der V. Civilsenat, wenn er hinzufügt:

„Nach dem auch für die Auslagen der Rechtsanwälte gültigen §. 80 des Gerichtskostengesetzes sind Schreibgebühren nur für die zu fertigenden Ausfertigungen und Abschriften zu zahlen,"

in dieser Beziehung auf dem hier mißbilligten Standpunkte des Oberlandesgerichtes zu Naumburg und Willenbücher's zu stehen; zu einer Anwendung des §. 137 Abs. 1 G.V.G. konnte aber dieser Umstand nicht führen, weil nicht erhellte, daß in jenem Falle die angeführte Bemerkung zur wesentlichen Grundlage der Entscheidung gehört hätte."...

---

94. Wert des Streitgegenstandes bei einer Klage auf Räumung einer gemieteten Wohnung.

VI. Civilsenat. Beschl. v. 25. September 1890 i. S. Sch. (Bekl.) w. H. (Kl.) Beschw.-Rep. VI. 81/90.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Gründe:

„Es handelte sich um die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes, welcher vom Landgerichte als Berufungsgerichte zu 1000 ℳ angesetzt, vom Oberlandesgerichte aber auf die von dem

Dr. J., einem der Anwälte des Beklagten, erhobene Beschwerde auf 7000 ℳ erhöht war. Dem vom Kläger in seiner nunmehrigen Beschwerde gestellten Antrage auf Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung war zu entsprechen.

Der Streitgegenstand bestimmt sich nach den von den Parteien gestellten Sachanträgen. Im vorliegenden Falle hatte der Kläger auf die Feststellung angetragen, daß der Beklagte die ihm, dem Kläger, abgemietete Wohnung zum 1. Mai 1890 zu räumen verpflichtet sei, der Beklagte auf Abweisung dieser Klage; in der Berufungsinstanz hatte sich der Gegenstand der Anträge nicht verändert, indem der Beklagte als Berufungskläger, nachdem das Amtsgericht die von ihm vorgeschützte Unzuständigkeitseinrede verworfen hatte, wiederum auf Abweisung der Klage, der Kläger auf Verwerfung der Berufung angetragen hatte. Das Oberlandesgericht hat nun, in Anwendung des §. 8 C.P.O., das Dreiundeinhalbfache des jährlichen Mietzinses — der 2000 ℳ betrug — als Streitwert ansetzen zu müssen geglaubt, weil die dem Klaganspruche, abgesehen von der Unzuständigkeitseinrede, entgegengesetzte Behauptung des Beklagten dahin gegangen war, daß er die fragliche Wohnung vom Kläger noch bis zum 1. November 1893 fest gemietet habe. Richtig ist freilich, daß hier nach einer Richtung hin „die Dauer eines Mietverhältnisses streitig" war; aber es fehlte an der in dem erwähnten §. 8 weiter gemachten Voraussetzung einer „streitigen Zeit", indem nach Maßgabe der beiderseitigen Anträge in diesem Prozesse nur darüber zu entscheiden war, ob das Mietverhältnis mit dem 1. Mai 1890 zu Ende gehe, oder ob es noch länger dauere, nicht aber eventuell auch darüber, wie lange es nach dem 1. Mai 1890 noch fortzubestehen habe. Weder hatte der Kläger auf die negative Feststellung geklagt, daß dem Mietverhältnisse nicht die vom Beklagten in Anspruch genommene Dauer zukomme, noch hatte der Beklagte eine Widerklage auf die Feststellung erhoben, daß das Mietverhältnis bis zum 1. November 1893 fortzudauern habe. Daß der Beklagte behauptet hatte, der Mietvertrag sei fest auf fünf Jahre vom 1. November 1888 abgeschlossen, kann nicht in Betracht kommen; denn solange nicht von der einen oder anderen Seite ein dieser Behauptung positiv oder negativ entsprechender Sachantrag gestellt war, würde, wie das Landgericht mit Recht bemerkt hat, auch eine aus materiellen Gründen erfolgte Abweisung der Klage nach §. 293

C.P.O. nicht die Wirkung gehabt haben, daß einer etwaigen neuen Klage auf Feststellung der Räumungspflicht zum 1. November 1890 die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache hätte entgegengehalten werden können. Unter dem Worte „streitig" in §. 8 C.P.O. ist, gerade wie unter dem „Streitgegenstande" im Sinne der Reichsjustizgesetze überhaupt, nicht alles zu verstehen, worüber unter den Parteien zum Zwecke der Begründung ihrer Anträge thatsächlich gestritten wird, sondern nur dasjenige, was nach Maßgabe ihrer Anträge formell zum Gegenstande der von ihnen verlangten Entscheidung bestimmt ist.

Eine mit dem soeben Ausgeführten im wesentlichen übereinstimmende Entscheidung ist vom VI. Civilsenate des Reichsgerichtes bereits abgegeben worden am 20. Februar 1888 in der Beschwerdesache Rep. VI. 19/88, und dabei auch schon angedeutet worden, daß die entgegenstehenden Ausführungen des V. Civilsenates in den Entscheidungen in Civilsachen (Bd. 17 S. 377 flg.) zur Einholung einer Entscheidung der vereinigten Civilsenate nach §. 137 Abs. 1 G.V.G. keinen Anlaß geben, weil sie für die dortige Entscheidung des V. Civilsenates ohne Einfluß geblieben sind. Daß die Vorschrift des §. 8 C.P.O. bei bloßen Räumungsklagen keine Anwendung finde, ist auch die Ansicht von Hellmann (Civilprozeßordnung Bd. 1 Anm. 1. 2 zu §. 8 S. 60 flg.) und von Wach (Civilprozeßrecht Bd. 1 §. 31 S. 388); wogegen allerdings z. B. Struckmann und Koch (Civilprozeßordnung [5. Aufl.] Anm. 1 zu §. 8 S. 8), Seuffert (Civilprozeßordnung [4. Aufl.] Anm. 1 zu §. 8 S. 9), und v. Wilmowski und Levy (Civilprozeßordnung [5. Aufl.] Bd. 1 Anm. 1 zu §. 8 S. 29) das Gegenteil annehmen.

Wenn das Oberlandesgericht die Anwendung des §. 8 C.P.O. noch damit hat rechtfertigen wollen, daß eine Klarstellung der Tendenz des Klagantrages sowie der Tragweite des etwaigen Urteiles in dem entsprechenden Sinne eventuell durch gerichtsseitige Einwirkung auf die Antragstellung und durch eine geeignete Formulierung des Tenors des Urteiles würde erreicht werden können, so erschien das keineswegs als zutreffend. Denn eine Fassung der Urteilsformel, durch welche über weiteres entschieden würde, als was durch die Anträge zur Entscheidung verstellt war, würde prozeßordnungswidrig sein; es würde also immer nur darauf ankommen, daß zunächst der Klagantrag geändert sein müßte; daraus aber, daß bei entsprechend ge-

ändertem Klagantrage der §. 8 C.P.O. anwendbar sein würde, folgt in keiner Weise, daß auch der unveränderte Klagantrag die Anwendung desselben begründete.

War hier also der Wert nicht nach §. 8, sondern lediglich nach der allgemeinen Vorschrift des §. 3 C.P.O. zu bestimmen, so mußte dem Landgerichte darin beigetreten werden, daß es angemessen sei, denselben einem halbjährigen Mietzinse gleichzusetzen, also auf 1000 ℳ zu berechnen, weil nach der regelmäßigen Gestaltung der hamburgischen Mietverhältnisse anzunehmen sein würde, daß das hier in Frage stehende, wenn nicht am 1. Mai 1890, dann jedenfalls nicht vor dem 1. November 1890, aber andererseits möglicherweise an diesem Tage zu Ende gehe." . . .

Register.

Die beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die Seiten.

A. Sachregister.

A

Abnahme der Ware, Verpflichtung, des Käufers zur Abnahme 213

Absender.
S. „Kauf".

Absonderungsrecht.
S. „Konkurs"; „Streitgegenstand".

Abwesende; Abschluß von Handelsgeschäften unter Abwesenden 6
— stellt Art. 135 Code civil eine Vermutung für das Leben oder den Tod eines Abwesenden auf? 365

Acceptant.
S. „Wechsel".

Acceptationsfrist 8
S. „Handelsgeschäft".

Actio in factum, legis Aquiliae . 207

Actio legis Aquiliae; ist sie bei allen kulposen Vermögensbeschädigungen zulässig? . . 207

Adel, hoher.
S. „Familienfideikommiß"; „Standesherren".

Ädilitische Klagen . . . 186
S. „Kauf".

Aktiengesellschaft; Bedeutung der Vorschrift in Artt. 209 b, g. 213 a H.G.B. in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884 37

Aktiengesellschaft; erzeugt die Nichterfüllung der den Gründern in Art. 209 g auferlegten Pflichten die strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß Art. 249 a? . 41
— tritt die in Art. 213 a geregelte civilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer ein, wenn die Gründer sich nicht in der ihnen durch Art. 209 g zur Pflicht gemachten Weise verhalten? . . . 42
— Begründung des Anspruches einer bestehenden Aktiengesellschaft gegen die Gründer auf Ersatz des Betrages einer Gründervergütung, welche in den dem Antrage auf Eintragung in das Handelsregister beigefügten Schriften nicht ersichtlich gemacht ist? . . 42
— Bedeutung der Erklärung der Gründer, welche in Abänderung der vom Registerrichter beanstandeten Festsetzung, daß für die Aktien nicht durch Barzahlung zu leistende Einlagen gemacht würden, dahin erfolgt, daß sie den Betrag der Aktien bei einer Bank hinterlegt haben? . . . 69
— wird der Mangel der gerichtlichen oder notariellen Form dieser abändernden Festsetzung durch die Anmeldung derselben zu der auch erfolgten Eintragung geheilt? 72
— sind die Normen des Aktienge-

setzes ausschließlich auf die reine Kapitalsgesellschaft berechnet? 88
Aktiengesellschaft; Amortisation von Aktien; inwieweit muß der von der Generalversammlung gefaßte Beschluß detailliert sein? 132
S. „Anschaffungsgeschäft"; „Gewerkschaft"; „Rübenlieferungspflicht"; „Stempelsteuer".
Alimentationspflicht des schuldigen Ehemannes, seiner geschiedenen Ehefrau gegenüber . . 193
Altlutheraner.
S. „Kirchenabgaben".
Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkurses; Regelung der Beweislast 1
— wird die Anfechtbarkeit dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch eine dem Anfechtungsgegner gegenüber bestehende Verpflichtung veranlaßt ist? . . . 3
— muß die Absicht der Benachteiligung gegen bestimmte Gläubiger, namentlich gegen denjenigen Gläubiger, welcher später den Anfechtungsanspruch erhebt, gerichtet sein? 13
— ist die Anfechtung einer Rechtshandlung, welche schon vor der Entstehung der Forderung des Anfechtenden vorgenommen war, nach §. 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 ausgeschlossen, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung die Entstehung der Forderung des Anfechtenden nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte? 12
— im Konkurse; Berechnung der in §. 23 Ziff. 2 K.O. erwähnten zehntägigen Frist? . . . 5
— Beweis der Benachteiligung der Gläubiger bei Anfechtung einer Wechselverpflichtung auf Grund des §. 24 Ziff. 2 K.O. . 75
Anfechtung; Gegenbeweis durch den Nachweis eines vor der kritischen Zeit über den Wechselbetrag erteilten, von Angabe des Schuldgrundes absehenden Schuldversprechens? 77
— gegen welchen Rechtsakt ist zur Verhinderung der Deckung eines Gläubigers mittels Aufrechnung die Anfechtung nach §. 23 K.O. zu richten? 82
— eines voreingetragenen Realrechtes durch einen später eingetragenen Realgläubiger . 273
— einer Grundschuld bezw. Hypothek durch einen nacheingetragenen Hypothekengläubiger . 271 flg.
— eines Gemeindebeschlusses, durch welchen ein Mitglied einer Baptistengemeinde aus dieser ausgeschlossen ist 277
Annahme einer Offerte.
S. „Handelsgeschäft".
Anschaffungsgeschäft; Begriff 49
— stellt sich im Falle der Simultangründung die Vereinbarung der Gründer wegen Übernahme der Aktien der zu gründenden Aktiengesellschaft als ein zwischen den Gründern geschlossenes Anschaffungsgeschäft dar? . 35
— ist wenn mehrere Bankhäuser zu einem Konsortium zusammentreten und eine von einem Staate ꝛc beabsichtigte Anleihe zum Zwecke der Weiterveräußerung der dafür zu empfangenden Schuldverschreibungen an Dritte übernehmen, der Vertrag des Staates ꝛc mit dem Konsortium ein Anschaffungsgeschäft? 50
— und ist der Vertrag unter den Bankhäusern ein Anschaffungsgeschäft? 50
— unter welchen Voraussetzungen

ist in den Unterkonsortialverträgen, d. h. denjenigen Verträgen, welche einer der Hauptkonsorten bezüglich seines Konsortialanteiles mit anderen Privaten oder Bankhäusern abschließt, ein Anschaffungsgeschäft enthalten? . 52

Anwaltsgebühren; Gebühren eines Rechtsanwaltes, welcher in einer Instanz neben dem eigentlichen Anwalte dieser Instanz für die Partei thätig geworden ist? 376

— Bedeutung der Vorschrift in §. 87 Abs. 2 C.P.O. . 377

— Voraussetzungen für den Ansatz der Beweisgebühr . . . 378

— Korrespondenzgebühr; ist die Zubilligung ausgeschlossen, wenn der Anwalt auch noch außerdem als Vertreter der Partei in derselben Instanz thätig gewesen ist? 379

— ist der Anspruch des Rechtsanwaltes auf die ihm für gerichtliche Thätigkeit zustehenden Gebühren durch seine Zulassung beim Prozeßgerichte bedingt? . 418

— erstreckt sich in den in §. 467 C.P.O. vorgesehenen Fällen die Kostenersatzpflicht auf Grund des §. 87 Abs. 2 C.P.O. schlechtweg auf die Kosten des beim Amtsgerichte aufgetretenen, bei dem Landgerichte nicht zugelassenen Anwaltes, wenn dieser auch bei dem betreffenden Amtsgerichte nicht zugelassen war? 416

— für welche Schriftstücke stehen dem Anwalte Schreibgebühren zu? 428

Arrest; ist die Vorschrift des §. 809 Abs. 2 C.P.O. auch anwendbar auf das Arrestverfahren gegen unbewegliches Vermögen? . 396

— genügt zur Wahrung der in §. 809 C.P.O. vorgeschriebenen Frist ein bei der Behörde eingereichter Antrag auf Vollziehung des Arrestes durch Vormerkung im Grundbuche? . . . 397

Arrest; ist eine trotz Versäumung der Frist eingetragene Arrestvormerkung gültig? 397

— wie kann die Ungültigkeit geltend gemacht werden? . 399

— wird die Ungültigkeit durch Umwandlung der Vormerkung in einen definitiven Pfandeintrag geheilt? 399

— nach Pfandbestellung; ist die Vorschrift in §. 12 A.G.O. I. 29 durch die Civilprozeßordnung aufgehoben? 401

— Bedeutung einer früheren Arrestanlegung für einen neuen Arrestantrag eines späteren Forderungsinhabers bei Inhaberpapieren? 406

— wird durch die Anbringung eines Arrestgesuches, oder durch Anordnung des Arrestes Rechtshängigkeit für den Hauptanspruch begründet? 407

— sind bei der Wertsbemessung des Arreststreites neben der Hauptforderung auch die Zinsen und Kosten, für welche der Arrest beantragt und angeordnet ist, in Ansatz zu bringen? . . 412

— unter welchen Voraussetzungen ist der Arrestkläger zum Ersatze der dem Arrestbeklagten durch einen für ungerechtfertigt erkannten Arrest entstandenen Schäden und Kosten verpflichtet? . 204

— Bedeutung der Vorschriften der Civilprozeßordnung über Sicherheitsleistung für diese Frage 211

Aufnahme des Rechtsstreites; was ist unter „Rechtsnachfolger" im Sinne des §. 217 C.P.O. zu verstehen? . . . 141. 370

— umfaßt der Ausdruck „Rechts-

nachfolger" auch die Succession in die Verpflichtung? . 141
Aufnahme des Rechtsstreites; Zulässigkeit der Aufnahme durch den Fideikommißnachfolger. . 141
— kann der Rechtsnachfolger, welcher den Prozeß in der Rolle des Klägers aufnimmt, in der Berufungsinstanz Rechte aus seiner eigenen Person geltend machen? 155
Aufrechnung.
S. „Kompensation"; „Konkurs".
Ausfallsforderung.
S. „Konkurs".
Ausgedinge.
S. „Stempelsteuer".
Aussetzung der Verhandlung (§. 139 C.P.O.) 369
— findet die dem Richter nach §. 139 gegebene Befugnis gegenüber der Einrede der Rechtshängigkeit statt? 369
Autonomie; Wesen und Umfang des den standesherrlichen Familien zustehenden Autonomierechtes 155

B

Baptistengemeinde; kann ein Gemeindebeschluß, durch welchen ein Mitglied aus der Gemeinde ausgeschlossen ist, im ordentlichen Rechtswege angefochten werden? 277
Baukonsens; Versagung, Entschädigungsanspruch . . . 266
— findet nach Aufhebung der den Baukonsens verweigernden, polizeilichen Verfügung im Wege der Beschwerde nur eine Regreßklage gegen den Beamten statt? 266
— steht dem Entschädigungsanspruche aus §. 75 Einl. zum A.L.R. entgegen, daß eine Kollision zwischen dem öffentlichen Wohle und den Rechten des Einzelnen in Wirklichkeit nicht vorhanden, sondern nur irrtümlich von der zuständigen Verwaltungsbehörde zum Nachteile des Einzelnen angenommen ist? 268
Baukonsens; ist die Stadtgemeinde wegen einer in ihrem Interesse ohne gesetzlichen Grund erfolgten Versagung des Baukonsenses auch dann entschädigungspflichtig, wenn nachträglich dem Beschädigten das Recht zum Bebauen des Grundstückes durch Festsetzung einer neuen Fluchtlinie entzogen ist und aus diesem Grunde die Enteignung des Grundstückes stattgefunden hat? 268
Beamter.
S. „Unfallversicherung".
Bergwerk; beschränkt §. 148 des Allgem. preuß. Berggesetzes die strengere Haftung des Bergwerksbesitzers auf diejenigen Anstalten und Einrichtungen, welche den Betrieb eines Bergwerkes im engeren Sinne, d. h. die Förderung des Minerales, bezwecken? 224
— gehören Anlagen, ohne welche der Betrieb nicht fortgesetzt werden darf, zum Betriebe des Bergwerkes? 228
Besitz einer Rente; ist derselbe nur bei solchen Renten möglich, welche auf Grund und Boden radiziert sind? 143
— an Obligationen . . . 171
S. „Constitutum possessorium".
Betrug; Einrede des Betruges gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises 186
S. „Kauf".
Beweisgebühr; Voraussetzungen für deren Ansatz 378

Beweislast bezüglich des Lebens oder Todes einer Person 365
S. „Anfechtung"; „Stempelsteuer".
Bösliche Verlassung.
S. „Ehescheidungsstrafe".

C

Cession.
S. „Wechsel".
Constitutum possessorium, in Beziehung auf Sachen, welche in der thatsächlichen Innehabung dritter Personen sich befinden 182
— ist eine Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium, welche an einen Gläubiger zum Zwecke der Sicherstellung desselben für seine Forderung geschieht, rechtswirksam, wenn reichsgesetzlich oder landesgesetzlich die Bestellung anderer Pfandrechte als Faustpfandrechte an beweglichen Sachen unwirksam ist? 182

D

Darlehn.
S. „Kündigung".
Déclaration de command.
S. „Versteigerung".
Deichanlagen; kann ein Chausseedamm unter den Begriff der in §. 1 des preuß. Gesetzes über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 bezeichneten „Erhöhungen der Erdoberfläche" fallen? 301
— bedurfte unter der Herrschaft des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 (§. 121) die Anlegung eines Chausseedammes, sofern darin eine Deichanlage zu erblicken ist, neben der Genehmigung des Chausseeprojektes durch die Landespolizeibehörde auch noch einer Genehmigung des Bezirksrates? 301
Deichanlagen; ist §. 1 des Gesetzes vom 28. Januar 1848 ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz im Sinne des §. 26 A.L.R. I. 6? . . . 301. 304
Dispositio parentum inter liberos 237. 328
S. „Testament".
Donatio propter nuptias; ist dieselbe in Deutschland rezipiert? 172
— können die römischrechtlichen Bestimmungen über die donatio propter nuptias auf andere ähnliche Institute des deutschen Rechtes übertragen werden? 172
S. „Ehescheidungsstrafe".
Drahtantwort; was ist unter sofortiger Drahtantwort zu verstehen? 9

E

Eheliche Gütergemeinschaft; giebt es gemeinrechtliche Vorschriften über die Teilung des ehelichen Gesamtgutes im Falle der Ehescheidung bei allgemeiner Gütergemeinschaft? 174
S. „Ehescheidungsstrafe".
Ehescheidung; Verpflichtung des schuldigen Ehemannes zur Alimentation der geschiedenen, unschuldigen Ehefrau . . 193
Ehescheidungsstrafe; praktische Geltung der römischrechtlichen Bestimmungen 172
— für den Fall der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung 172
— hat die Bestimmung, wonach der schuldige Ehemann der Frau die propter nuptias donatio herauszugeben hat, noch praktische Bedeutung? 172
— Anwendbarkeit der römischrechtlichen Bestimmungen bei allgemeiner Gütergemeinschaft? 173

Ehescheidungsstrafe; Abgrenzung der beiderseitigen Vermögen der Ehegatten beim Bestehen allgemeiner Gütergemeinschaft im Falle der Ehescheidung . . . 174
— hat die Beschränkung der Ehescheidungsstrafe auf den Höchstbetrag von 100 Pfund Goldes noch praktische Geltung? . 176
— Berechnung dieser 100 Pfund Goldes nach deutscher Reichswährung 178
Eigentum; Vorbehalt des Eigentumes an beweglichen Sachen 103
— an Maschinen, welche als Substanzteile einem Fabriketablissement eingefügt sind . . 344
— Art. 306 H.G.B. . . 103
— Übertragung des Eigentumes zum Zwecke der Sicherstellung einer Forderung . . . 182
— an beweglichen Sachen, bei welcher die letzteren im körperlichen Gewahrsame des Veräußerers verbleiben 182
— was ist unter der Entziehung und Beschränkung des Eigentumes im Sinne des Art. 9 der preuß. Verfassungsurkunde zu verstehen? 340
Elterliches Recht; Beschränkung des Erziehungsrechtes . . . 350
S. „Vormundschaft".
Elterliche Teilungsanordnung 237 330
S. „Testament".
Enterbung; Form der Aufhebung (A.L.R) 237
— gelten diese Vorschriften auch für die Aufhebung der Enterbung in guter Absicht? . . . 237
Erbeinsetzung; Änderung derselben durch ein vorbehaltenes Kodizill 234. 330
S. „Erbvertrag".
Erbrecht der armen Witwe; ist die Beschränkung desselben auf 100 Pfund Goldes noch in Geltung? 177
Erbrecht; enthält die Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom 12. November/31. Oktober 1874 Art. 10 ein den Mobiliarnachlaß regelndes Prinzip sowohl bezüglich des materiellen Erbrechtes, als bezüglich des Gerichtsstandes in Erbrechtsstreitigkeiten? . . . 120
— Bedeutung der Entscheidungen der russischen Gerichte für den deutschen Richter, bei welchem eine in Rußland entschiedene Erbrechtsstreitigkeit anhängig gemacht wird? 129
— besteht zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland Gegenseitigkeit hinsichtlich der Vollstreckung der in Erbrechtsstreitigkeiten, auf welche die Konvention Anwendung findet, ergangenen Urteile? 129
S. „Substitution"; „Testament".
Erbschaft, Gerichtsstand . . 381
Erbvertrag unter Eheleuten; Aufhebung durch gegenseitige Einwilligung 309
— Notwendigkeit der gerichtlichen Erklärung des Widerrufes unter Zuziehung eines Beistandes für die Ehefrau 309
— Bedeutung der in einem Erbvertrage enthaltenen Erbeinsetzung dritter Personen; Widerruf und Abänderung derselben 329
Erbverzicht auf die Nachfolge in Familienfideikommisse der ehemals reichsständischen Familien 154
— Wirkung gegen die Nachkommen des Entsagenden, wenn der Verzicht zugleich für diese erklärt war 154

Erfüllungsort; Gerichtsstand des Erfüllungsortes . . . 388
Erziehungsrecht der Mutter; Beschränkung desselben . . 350
Exceptio doli generalis . 250
S. „Kauf".
— rei venditae et traditae. 187

F

Familienfideikommiß; ist die Nachfolge in ein solches Singular- oder Universalnachfolge? . 141
— kann der Fideikommißnachfolger einen durch den Tod des Besitzers unterbrochenen Rechtsstreit aufnehmen? 141
— findet an einer immerwährenden Rente als Gegenstand eines Familienfideikommisses ein Rechtsbesitz statt? 143
— Übertragung der Fideikommißeigenschaft linksrheinischer Besitzungen ehemaliger deutscher Reichsfürsten auf die durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 ermittelten Entschädigungsobjekte nach §. 45 des Reichsdeputationshauptschlusses . 144
— in welchem Umfange sind durch die deutsche Bundesakte Art. 14 die während der Rheinbundszeit durch landesherrliche Verordnungen aufgehobenen Familienfideikommisse der mediatisierten Reichsstände wiederhergestellt? 149
— Kollision der Gesetze bei Beurteilung eines standesherrlichen Geldfideikommisses . . 151
— Anfechtung konsentierter Veräußerungen von Familienfideikommissen durch den konsentierenden Agnaten, den Erben des Veräußerers oder eines konsentiernden Agnaten nach gemeinem deutschen Privatrechte und gemeinem Privatfürstenrechte? 153
Familienfideikommiß; Erbverzichte auf die Erbfolge in Familienfideikommisse 154
— Unanwendbarkeit der bei ehemals reichsständischen, jetzt souveränen Fürstenhäusern rücksichtlich der Nachfolge in die Landesregierung und die mit dieser im Zusammenhange stehenden Haus- und Kronfideikommisse geltenden Grundsätze für die Nachfolge in standesherrliche Stamm- und Fideikommißgüter . . . 154
— Zulässigkeit von Änderungen fideikommissarischer Anordnungen durch Konsens aller Agnaten nach gemeinem deutschen und partikularem Privatfürstenrechte? 155. 160
Filialkirchengemeinde; Pfarrbaulast 246
Filiationsklage, negative; kann ein in der Ehe geborenes Kind, dessen Ehelichkeit von dem Ehemanne nicht angefochten wird, gegen diesen eine auf Anfechtung der Ehelichkeit gerichtete Klage anstellen? (A.L.R.) . . . 306
Forderungskauf; Anwendbarkeit der Vorschriften in Artt. 354. 356 H.G.B. auf denselben . . 43
Frist; Berechnung der nach Tagen bestimmten Fristen nach den Reichsgesetzen 5
Frucht.
S. „Pacht".

G

Gemeinschuldner; Prozeßfähigkeit 68
Generalhypothek.
S. „Lehn".
Genossenschaft.
S. „Konkurs".

Gerichtskosten.
S. „Arrest"; „Streitgegenstand".
Gerichtsstand der Erbschaft; ist derselbe auch für den Anspruch der Erben oder Vermächtnisnehmer auf eine dem letzten Willen des Erblassers entsprechende Art der Nachlaßverwaltung begründet S. „Erbrecht" . . . 381
— des Vertrages (Erfüllungsortes); bezieht derselbe sich auch auf Quasikontrakte, insbesondere auf Ansprüche aus nützlicher Verwendung und aus auftragsloser Geschäftsführung? . . . 388
Geschäft; Bedeutung des Wortes „Geschäft" im Verkehrsleben und im Handelsrechte . . . 165
Geschäftsführung, auftragslose, Gerichtsstand für Ansprüche aus derselben 388
Gesellschaft; handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft . . . 50
— inwieweit steht einem Gesellschafter der einseitige Rücktritt von der Gesellschaft frei? 255
— Einwand des nicht erfüllten Vertrages gegen den sein Teilnahmerecht an dem Gesellschaftserwerbe geltend machenden Gesellschafter 256
— finden die auf Ausschließung eines Gesellschafters bezüglichen Vorschriften des Allgem. Landrechtes auf eine nur aus zwei Mitgliedern bestehende Gesellschaft Anwendung? 258
Gesetz, örtliche Grenzen; vertragsmäßige Unterwerfung unter ein bestimmtes Recht . . . 151
— welches Recht ist maßgebend für die auf die Testamentsvollstreckung bezügl. Rechtsverhältnisse 170. 382
— nach welchem örtlichen Rechte ist die Kompensationseinrede zu beurteilen? 67
S. „Familienfideikommiß".
Gewerbliche Anlagen; Untersagung der Benutzung derselben auf Grund des §. 51 R.Gew.O. . . 342
— Schadensersatzklage wegen Beschädigungen durch dieselben 353
Gewerkschaft; Umwandlung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft 336
— bewirkt sie einen Wechsel des Rechtssubjekts? 336
Gewohnheitsrecht; Voraussetzungen für die Bildung eines vom gemeinen Rechte abweichenden, partikularen Gewohnheitsrechtes 193
S. „Kirchenabgaben".
Gründer.
S. „Aktiengesellschaft"; „Stempelsteuer".
Grunddienstbarkeit; Untergang wegen Wegfalles der Vizinität der beteiligten Grundstücke . 167
— geht eine Grunddienstbarkeit unter, wenn durch Veränderungen am dienenden oder herrschenden Grundstücke die Voraussetzungen wegfallen, unter denen eine solche Servitut zur Entstehung gelangen konnte? 169
Grundschuld; Wesen und Bedeutung der Grundschuld . . 274
— Anfechtung einer Grundschuld durch einen nacheingetragenen Hypothekengläubiger . . 271
Grundwasser; hat der Grundeigentümer ein Recht auf Erhaltung eines bestimmten Grundwasserstandes? 226
Gütergemeinschaft.
S. „eheliche Gütergemeinschaft"; „Ehescheidungsstrafe".

H

Hagelschaden.
S. „Versicherung".
Handelsgeschäft; Abschluß von Handelsgeschäften unter Abwesenden 6

Handelsgeschäft; Wirkung der Nichteinhaltung einer vom Offerenten bestimmten Annahmefrist 8
— Wirkung des Schweigens des Offerenten, wenn die Annahmeerklärung verspätet abgesandt, bezw. rechtzeitig abgesandt, aber verspätet angelangt ist? . . 8
— was ist unter „sofortiger Drahtantwort" zu verstehen? . . 9
— können Liberalitätsakte den Charakter von Handelsgeschäften haben? 19
— Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft" im Verkehrsleben und im Handelsrechte . 165
Handelskauf 44
Hausgesetze.
S. „Standesherren".
Herkommen 323
S. „Observanz".
Hinterlegung; wird der Schuldner, wenn der Vorschrift in §. 19 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879, wonach der Gläubiger, für welchen die Hinterlegung erfolgt, bezeichnet werden muß, nicht genügt ist, von seiner Schuld durch Hinterlegung des Geldes bei der Regierungshauptkasse befreit? 242
— ist §. 19 Abs. 3 der Hinterlegungsordnung anwendbar, wenn die Hinterlegung wegen mangelnder Gegenleistung geschieht? 238. 243
Hinterlassenschaft.
S. „Erbrecht".
Hypothek.
S. „Anfechtung"; „Lehn"; „Maschinen"; „Werkverdingung"; „Zwangsvollstreckung".

J

Inhaberpapier.
S. „Arrest".
Interventionsprozeß.
S. „Streitgegenstand".
Invalidenversorgungsanspruch; verliert die einen solchen abweisende Entscheidung der Militärbehörde den Charakter der Endgültigkeit dadurch, daß auf erneuerte Anträge des Ansprechenden weitere Erhebungen veranlaßt und Bescheide ergangen sind? 22
— müssen innerhalb der gesetzlich festgesetzten Fristen für die Anmeldung des Invalidenversorgungsanspruches auch die ihn begründenden Dienstbeschädigungen angegeben werden? . . . 25
— ist die Entscheidung der Militärbehörde über das Vorhandensein einer Dienstbeschädigung für das Gericht maßgebend? . 22. 26
Irrtum, entschuldbarer; Bedeutung für die Schadensersatzpflicht 208
Indikatsklage, aus einem ausländischen Urteile 131

K

Kauf; ist der Verkäufer zur Übersendung der verkauften Ware im eigenen Namen an den Abnehmer des Käufers verpflichtet? 107
— liegt eine solche Verpflichtung vor, wenn die Ware an einen ausländischen Abnehmer des Käufers, und wenn zugleich mit der verkauften Ware Gut eines anderen Verkäufers mit zu versenden ist und die Verzollung des Gutes einem Zollspediteur aufgegeben werden soll? . . 107
— haftet der Absender dem Zollspediteur für unrichtige und unvollständige Deklaration des Gutes, wenn die mangelhafte Deklaration durch seinen Beauftragten verschuldet ist? 108

Kauf; Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Ware und bei Käufen mit vorbehaltener Spezifikation zur vorgängigen Vornahme der Spezifikation . . . 213
— rechtliche Natur der Verträge über den Kauf von Waren zu einem bestimmten Grundpreise mit der Bestimmung, daß der Käufer die Ware zu spezifizieren habe 213
— ist die Überlassung der Ausnutzung der Erträgnisse eines Grundstückes als Kauf oder als Pacht anzusehen? . . . 218
— Bedeutung des Einwandes des Käufers, er habe die Kaufpreisraten durch Benutzung der gekauften Sache verdienen wollen, dieses sei dem Verkäufer bekannt gewesen, aber durch vertragswidrige Beschaffenheit der gelieferten Sachen verhindert worden? 250
— Einrede des Betruges gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises 186
— muß der Käufer, welcher dieser Einrede sich bedient, zur Rückgabe der gekauften Sache sich erbieten? 186
— ist die Einrede noch statthaft, wenn der Käufer nach erlangter Kenntnis von dem Betruge den Kaufgegenstand ganz oder teilweise veräußert hat? . . 187
— Redhibition, Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe des Kaufgegenstandes; Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers . . 186
S. „Stempelsteuer".

Kaution 211. 402

Kind.
S. „Filiationsklage".

Kirchenabgaben; läßt §. 3 des Gesetzes vom 14. Mai 1873, betr. den Austritt aus der Kirche, die Berücksichtigung eines Gewohnheitsrechtes zu, wonach sämtliche Wirte und Hausväter der zu einer evangelischen Parochie gehörenden Ortschaften ohne Unterschied der Konfession und ohne Rücksicht auf Grundbesitz zu Kirchen- und Pfarrabgaben an die evangelische Kirche der Parochie und deren Beamte verpflichtet sind? 288

Kirchenbaulast; Begriff der Stadtkirche im Sinne des §. 740 A.L.R. II. 11 322
— wodurch bestimmt es sich, ob eine Ortschaft als Stadt anzusehen ist? . . . 322. 325
— Observanz . . . 323. 326

Klagänderung; muß die Veränderung, welche dem Kläger Veranlassung zu dem neuen Antrage gegeben hat (§. 240 Abs. 3 C.P.O.), nach Erhebung der Klage eingetreten sein? 386
— kommt es dabei lediglich auf den Zeitpunkt des objektiv eingetretenen Ereignisses oder auch auf die Zeit an, zu welcher der Kläger Kenntnis von diesem Ereignisse erhalten hat oder erlangen mußte? 386

Kodizill; in welchen Beziehungen ist ein testamentarisches Kodizill als Teil des Testamentes zu behandeln? . . . 170. 382.
— Änderung der testamentarischen Erbeinsetzung durch ein vorbehaltenes Kodizill 234

Kollision der Gesetze 67. 151. 170 S. „Gesetz".

Kompensation; kann ein Gläubiger, welcher nach Eröffnung des Konkurses Schuldner des Gemeinschuldners geworden ist, seine Schuld auf seine Konkursforderung aufrechnen? . . . 67

Kompensation; nach welchem örtlichen Rechte ist die Kompensationseinrede zu beurteilen? 67
— fällt die Aufrechnung einer gegen einen Gemeinschuldner unter Kenntnis seiner Zahlungseinstellung erworbenen Forderung auf eine erst nachher gegen den Gemeinschuldner begründete Schuld unter §. 48 Ziff. 3 K.O.? 81
— gegen welchen Rechtsakt hat sich zur Verhinderung der Deckung eines Gläubigers mittels Aufrechnung die Anfechtung nach §. 23 K.O. zu richten? . 82
Konkurs; kann eine Forderung als Ausfallsforderung angemeldet werden, ohne daß schon zur Zeit der Anmeldung oder Feststellung auf ein besonderes Deckungsobjekt verzichtet zu werden oder der Ausfall festzustehen braucht? 112
— ist der Streit darüber, ob eine Konkursforderung wegen der Pfandeigenschaft einer anderweiten Deckung des Gläubigers bloße Ausfallsforderung sei, im Feststellungsverfahren zu entscheiden? 112
— gewährt §. 44 K.O. der Kreditgenossenschaft ein Absonderungsrecht am Geschäftsguthaben des Genossen für Forderungen an denselben aus erfolgter Kreditgewährung? 113
— bewirkt die Eröffnung des Konkurses bei zweiseitigen, von beiden Teilen noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen, die der Konkursverwalter nicht erfüllt, die Beseitigung des Rechtsbestandes des Vertrages? . 94
— Bedeutung der Vorschrift in §. 21 K.O. 95
— entsteht in jedem Falle der Nichterfüllung einer nicht in Geld bestehenden Leistung infolge des Konkurses ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zum Zwecke konkursmäßiger Befriedigung? 96
Konkurs; Wirkung der Konkurseröffnung auf die Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners. . 68
S. „Anfechtung"; „Kompensation"; „Konventionalstrafe".
Konsortialverträge.
S. „Anschaffungsgeschäft".
Konventionalstrafe; Auslegung eines Strafversprechens . 164
— kann bei Nichterfüllung eines Vertrages wegen Konkurses des leistungspflichtigen Kontrahenten die vertragsmäßig für den Fall der Nichterfüllung festgesetzte Konventionalstrafe als Konkursforderung geltend gemacht werden? 92
— Geltendmachung bei einem fortlaufende Jahresleistungen mit Konventionalstrafe für deren Nichterfüllung umfassenden Rechtsverhältnisse 92
— kann der Gläubiger die zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht verfallene Konventionalstrafe als das im voraus bestimmte Interesse für den Fall der Nichterfüllung nach §. 21 K.O. liquidieren? 94
Korrespondenzgebühr.
S. „Anwaltsgebühren".
Kündigung, durch einen Vertreter des Gläubigers, Nichtvorlegung der Vollmacht bei der Kündigung? 190
— Verpflichtung des im Urkundenprozesse klagenden Gläubigers, durch Urkunden nachzuweisen, daß die Kündigung in seinem Auftrage geschehen sei 191
— kann die von einem Nichtbevollmächtigten vorgenommene Kündigung dergestalt mit rückwirkender Kraft vom Gläubiger rati-

habiert werden, daß infolge der Ratihabition die Kündigung des negotiorum gestor auch zeitlich als diejenige des dominus gilt? 191

Kündigung; liegt in der Unterlassung des Widerspruches gegen die Kündigung eine stillschweigende Annahme derselben? 192

L

Leben; besteht eine allgemeine Vermutung für das Fortleben einer Person? 365
— Beweislast bezüglich des Lebens oder Todes einer Person 365

Legat.
S. „Vermächtnis".

Lehn; Klage des Lehnsherrn auf Herausgabe des Lehns gegen einen Besitzer, welcher nicht Vasall ist 199
— haften Lehnsfolger für die Allodialschulden eines Ascendenten mit den Lehnsfrüchten auch dann, wenn sie Seitenverwandte des letzten Besitzers des Lehns und nicht Allodialerben des Ascendenten sind? 196
— ergreift ein von einem Lehnsbesitzer bestelltes Generalpfandrecht an seinem Vermögen das Lehn oder die Lehnsfrüchte? 201

Leistungen, wiederkehrende; Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes 409

Letztwillige Verfügung.
S. „Testament".

Liberalitätsakte; können sie Handelsgeschäfte sein? . . . 19

M

Maschinen; unterliegen die einem Fabriketablissement als Substanzteile eingefügten Maschinen trotz Eigentumsvorbehaltes ihres Lieferanten den an dem Grundstücke bestellten Hypothekenrechten? 344

Mediatisierte.
S. „Standesherren".

Meta-Geschäftsverbindung.
S. „Stempelsteuer".

Mühlenschutz; was ist unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte" im §. 161 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse zu verstehen? 295
— Verhältnis des §. 246 A.L.R. II. 15 zu §. 16 a. a. O. 299

N

Nachbarrecht; kann der durch den Betrieb einer gewerblichen Anlage beschädigte Besitzer eines Nachbargrundstückes auf Ersatz des erst in Zukunft entstehenden Schadens auch dann klagen, wenn ihm die Klage auf Einstellung des schädigenden Betriebes zusteht? (Rhein. R.) . . 352

Negatorische Klage; wird die Schadensersatzklage ausgeschlossen, wenn die negatorische Klage auf Beseitigung der schädigenden Anlage gegeben ist? . . . 354

O

Obligation; Besitz von Obligationen 171
— Anwendbarkeit der Grundsätze über unvordenkliche Zeit . 171

Observanz; kann sich eine solche bilden durch eine Übung, welche sich lediglich als Übung wirklich oder nach der Meinung der Beteiligten bestehenden gesetzlichen Rechtes darstellt? . 323. 326
— inwieweit kann sich durch eine auf unrichtiger Gesetzesauslegung

beruhende Übung eine Observanz bilden? 324

Offerte.
S. „Handelsgeschäft".

P

Pacht; ist die Überlassung der Ausnutzung bestimmter Erträgnisse eines Grundstückes als Pacht oder als Kauf anzusehen? . . 218
— entsteht die Dinglichkeit des Nutzungsrechtes des Pächters aus dem Vertrage oder erst mit der Übergabe der zu nutzenden Sache? 219
— findet der in §. 221 A.L.R. I. 7 aufgestellte Grundsatz auf das Verhältnis zwischen Pächter und Verpächter Anwendung? 219

Parochialabgaben.
S. „Kirchenabgaben".

Patent; wieweit reicht das Recht des Vorbenutzers einer Erfindung nach §. 5 des Patentgesetzes? 64

Patron.
S „Kirchenbaulast".

Pfändung; wird durch die Pfändung von Waren in einem kaufmännischen Geschäfte, welche nicht im Eigentume des Schuldners stehen, ein auch dem wirklichen Eigentümer gegenüber wirksames Pfändungspfandrecht begründet? 101
— über die Wirkung des Pfändungspfandrechtes gegenüber dem Dritteigentümer entscheidet das bürgerliche Recht . . . 104
— einer Forderung . . . 425
S. „Zwangsvollstreckung".

Pfandrecht; Wirkung des Pfandrechtes an Gegenständen, welche von Natur beweglich, aber, als von dem Eigentümer eines Grundstückes zur Bewirtschaftung oder Benutzung desselben dahin gebracht, nach L.R.S. 524 Abs. 1 nach ihrer Bestimmung unbeweglich sind? 362
S. „Pfändung"; „Werkverdingung".

Pfarrabgaben.
S. „Kirchenabgaben".

Pfarrbaulast; was ist unter dem „eigenen dergleichen Gebäude" zu verstehen, durch dessen Besitz nach §. 791 A.L.R. II. 11 Filial- und zugeschlagene Kirchengemeinden von der Beitragspflicht zu den Pfarrbauten bei der gemeinschaftlichen Kirche befreit werden? 246

Pflegekindschaftsvertrag; ist der Verzicht auf die Rückforderung des Kindes und auf alle Elternrechte, namentlich auch auf den Zutritt zu dem Kinde rechtswirksam? 232

Pflichtteilsrecht, rechtliche Natur 331

Polizeiliche Verfügung; begründet eine mit Vermögensnachteilen verbundene polizeiliche Verfügung deshalb einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat oder gegen denjenigen, in dessen Interesse die Verfügung erlassen ist, weil sie auf unrichtiger Gesetzesanwendung beruht? . . 337
S. „Baukonsens"; „Rechtsweg".

Privatfluß.
S. „Mühlenschutz".

Privatfürsteurecht.
S. „Erbverzicht"; „Familienfideikommiß".

Prozeßkosten.
S. „Streitgegenstand".

Q

Quasikontrakte; bezieht der Gerichtsstand des Vertrages sich auf dieselben? 388

R

Ratihabition der Kündigung eines Darlehns durch einen negotiorum gestor 191
Rechtsanwalt.
S. „Anwaltsgebühren".
Rechtsgeschäft, in fraudem legis geschlossen 183
Rechtshängigkeit; Voraussetzungen, Bedeutung und Umfang der Einrede der Rechtshängigkeit. 368
— findet die in §. 139 C.P.O. dem Richter gegebene Befugnis zur Aussetzung der Verhandlung gegenüber der Einrede der Rechtshängigkeit statt? . . . 369
— kann gegenüber einer Klage, mit welcher aus einem Vertrage auf Erfüllung geschuldeter Leistungen geklagt wird, die Einrede der Rechtshängigkeit damit begründet werden, daß der Beklagte gegen den Kläger eine Klage auf Wiederaufhebung dieses Vertrages wegen Betruges anhängig gemacht habe? . 368
S. „Arrest".
Rechtskraft; Umfang der Rechtskraft des im Wechselprozesse ergangenen Urteiles? 253. 370
— ist in dem Falle, wenn das Revisionsgericht ein Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, das erste Urteil insoweit rechtskräftig geworden, als es nicht in der Berufungsinstanz angefochten ist? 410
— Zeugnis über die Rechtskraft 410
Rechtsnachfolger im Sinne des §. 217 C.P.O. . . . 141
Rechtsweg; findet nach Aufhebung einer polizeilichen Verfügung im Wege der Beschwerde nach §. 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 nur eine Regreßklage gegen die Beamten statt, und ist ein auf §. 4 a. a. O. gestützter Entschädigungsanspruch ausgeschlossen? 266
Rechtsweg; Zulässigkeit der Anfechtung eines Gemeindebeschlusses, durch welchen ein Mitglied einer Baptistengemeinde aus dieser ausgeschlossen wird, im ordentlichen Rechtswege? 277
— ist eine Klage des an Stelle der Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten ist, ernannten Vormundes auf Beschränkung des Erziehungsrechtes der Mutter zulässig? 350
Redhibition.
S. „Kauf".
Religionsgesellschaft; Befugnis zur Ausschließung von Mitgliedern 277
— giebt es ein klagbares Privatrecht auf Anerkennung oder Wiedergewährung der Mitgliedschaft gegen eine Religionsgesellschaft? 287
Retentionsrecht, kaufmännisches 58
S. „Zurückbehaltungsrecht".
Revision; Bedeutung der Aufhebung eines Urteiles des Berufungsgerichtes und der Zurückverweisung zur weiteren Verhandlung und Entscheidung 411
Richter; ist ein Richter, welcher in erster Instanz nur als beisitzender Richter bei der Verkündigung des Urteiles zugegen gewesen ist, verhindert, in derselben Sache in zweiter Instanz bei der Fällung des Urteiles mitzuwirken? 383
Rübenlieferungspflicht der Aktionäre einer Aktienzuckerfabrik; Rechtswirksamkeit derselben unter dem Gesichtspunkte eines selbständigen nur an die Voraussetzung

der Eigenschaft als Aktionär geknüpften Rechtsverhältnisses? 87

Rübenlieferungspflicht; Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches auf den Rübenbau und die Rübenlieferung mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses oder mit dem Beginne jedes Kampagnejahres? 92

— Wirkung der Erkennung des Konkurses über den Aktionär und der Pfändung der Aktien . 90

S. „Konventionalstrafe".

S

Schadensersatz; Voraussetzungen der Begründung der Schadensersatzpflicht 207

— Bedeutung des entschuldbaren Irrtumes über das Erlaubtsein der Handlung 208

— Schadensersatzpflicht des im Prozesse Unterliegenden . . 208

— des Arrestklägers . . 204

— kann der durch den Betrieb einer gewerblichen Anlage beschädigte Besitzer eines Nachbargrundstückes auf Ersatz des erst in Zukunft entstehenden Schadens klagen, wenn ihm eine Klage auf Einstellung des schädigenden Betriebes zusteht? 352

S. „Actio legis Aquiliae"; „Arrest"; „Baukonsens"; „Bergwerk"; „polizeiliche Verfügung"; „Rechtsweg"; „Versteigerung".

Schenkung; ist zur Gültigkeit eines Schenkungsversprechens dessen Annahme durch den Beschenkten erforderlich? 18

— findet bei einer Schenkung, wenn sie von dem Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft namens der Firma gemacht worden ist, die Vermutung des Art. 274 H.G.B. Anwendung? . . 19

Schenkung; unterliegt eine solche Schenkung, wenn sie den Betrag von 500 Solidi übersteigt, den gemeinrechtlichen Vorschriften über Insinuation großer Schenkungen? 19

— Berechnung der 500 Solidi nach deutscher Reichswährung . 178

Schiedsvertrag; kann die Ernennung der Schiedsrichter einem Dritten überlassen werden? 373

— muß dieser Dritte individuell bezeichnet sein? . . . 374

— Einreden gegen den Schiedsspruch 376

Schreibgebühren; für welche Schriftstücke stehen dem Anwalte Schreibgebühren zu? 428

Servitut.

S. „Grunddienstbarkeit".

Simultangründung.

S. „Anschaffungsgeschäft"; „Stempelsteuer".

Spezifikation der Ware.

S. „Kauf".

Staatsverträge, werden der Regel nach nicht berührt durch die Änderung der Gesetzgebung des einen vertragschließenden Staates 128

Stadtkirche; Begriff . . . 322

S. „Kirchenbaulast".

Stammgüter.

S. „Familienfideikommiß".

Standesherren; sind durch §. 14 der deutschen Bundesakte die während der Rheinbundszeit außer Kraft gesetzten Hausgesetze ꝛc wiederhergestellt worden? 145

— Bedeutung der Bestimmung in §. 45 des Reichsdeputationshauptschlusses 144

— Bedeutung der Vorschrift, daß Familienverträge der Standesherren bei den Souveränen der betreffenden Bundesstaaten vorzulegen seien 152

Standesherren; Wesen und Umfang des der standesherrlichen Familie zustehenden Autonomierechtes 155
— Notwendigkeit der landesherrlichen Bestätigung der Familienverträge und statutarischen Anordnungen 158
— können durch den Willen der Vorfahren die autonomischen Befugnisse der nachfolgenden Geschlechter ausgeschlossen werden? 161
S. „Familienfideikommiß".
Stempelsteuer; haftet, wenn in dem zum Zwecke der Gründung einer Aktiengesellschaft geschlossenen Gründungsvertrage sämtliche Aktien von den Gründern übernommen sind, die errichtete Aktiengesellschaft für die Stempelabgabe, welche von dem betreffs der übernommenen Aktien vorliegenden Anschaffungsgeschäfte zu entrichten ist, oder haben die Gründer dieselbe zu entrichten? 34
— ist die Unterbeteiligung an einem behufs Emission von Wertpapieren gebildeten Konsortium als ein bedingtes Anschaffungsgeschäft anzusehen? 46
S. „Anschaffungsgeschäft".
— Darlegungspflicht und Beweislast, falls die Frage der Stempelpflichtigkeit im Prozesse zur Erörterung kommt 56
— wie ist bei den in §. 1 des Gesetzes vom 22. Juli 1861 bezeichneten Übertragungsverträgen der Stempel zu berechnen, wenn neben dem Kaufpreise stempelfreie Leistungen ausbedungen sind und von jenem ein bestimmter Teil auf die mitveräußerten Mobilien gerechnet ist? . . 260
— findet die Vorschrift in §. 5 f. des Gesetzes vom 7. März 1822 Anwendung, wenn in dem Vertrage selbst bestimmt ist, welcher Teil des Gesamtpreises auf die mitveräußerten Mobilien gerechnet wird? 263
Stempelsteuer; sind im Falle des Bestehens einer Meta-Geschäftsverbindung zwischen mehreren Firmen die Abmachungen zwischen den Metisten über die von einem derselben abgeschlossenen Geschäfte als Abwickelungsgeschäfte im Sinne des §. 7 des Stempelgesetzes von 1885 anzusehen? 52
Strafversprechen; Auslegung eines solchen 164
Streitgegenstand; was ist unter „Streitgegenstand" im Sinne der Reichsjustizgesetze zu verstehen? 433
— findet die Vorschrift im §. 9 C.P.O. auch auf jährliche Leistungen, welche jemandem für seine Lebenszeit zu gewähren sind, Anwendung, wenn die Leistungen erst nach einer Reihe von Jahren anfangen sollen? . . . 409
— sind bei der Wertsbemessung des Arreststreites neben der Hauptforderung auch die Zinsen und Kosten, für welche Sicherung durch den Arrest beantragt und erfolgt ist, in Ansatz zu bringen? 412
— Berechnung bei Streitigkeiten über die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse von Pfandstücken 412
— bei Interventionsprozessen im Zwangsvollstreckungsverfahren 412
— bei Streitigkeiten um ein Absonderungsrecht im Konkurse auf Grund einer voraufgegangenen Pfändung 413
— bei Rechtsmitteln gegen Urteile, durch welche der Kläger auf Grund

des §. 653 C.P.O. zur Zurückzahlung mit Zinsen und Kosten beigetriebener Forderungsbeträge verurteilt ist? 413
Streitgegenstand bei Anfechtungen von Veräußerungen zum Nachteile der Gläubiger 413
— bei Klagen auf Räumung einer gemieteten Wohnung . . 431
Substanzteile; ergreift eine an einem Grundstücke bestellte Hypothek neu hinzukommende Substanzteile, wenn ein Anderer sich das Eigentum an denselben vorbehalten hat? 346
— was ist für die Frage, ob eine Maschineneinrichtung zur Substanz des Gebäudes gehöre, entscheidend? 346
Substitution, zu Gunsten der Nachkommen (Rhein. R.) . . 356

T

Teilungsverfahren.
S. „Zwangsvollstreckung".
Testament; kann ein Testament, welches wegen Nichtbeachtung der für schriftliche Testamente vorgeschriebenen Formen als schriftliches Testament ungültig ist, als mündliches Testament aufrechterhalten werden? 170
— kann durch ein vorbehaltenes Kodizill die testamentarische Erbeinsetzung abgeändert werden? 234
— kann in der Form einer privilegierten Verfügung der Eltern unter den Kindern ein testamentarisches Erbrecht wieder beseitigt werden? 237
— ist die elterliche Teilungsanordnung (dispositio parentum inter liberos) nur neben der Intestaterbfolge oder auch neben einem förmlichen Testamente zulässig? (A.L.R.) 330
Testament; können durch dieselbe die Erbteilungsquoten abweichend vom Gesetze oder von einem förmlichen Testamente bestimmt werden? 330
— ist es zulässig, in einer solchen privilegierten Verfügung ein Kind zum Universalerben zu ernennen und den übrigen Kindern nur bestimmte Sachen oder Summen auszusetzen? 333
— hat die Verletzung des Pflichtteilsrechtes die Ungültigkeit der Disposition zur Folge? . 333
— Anwendung der in Art. 1157 Code civil für Verträge aufgestellten Auslegungsregel auf die Auslegung letztwilliger Verfügungen 356
Testamentsvollstreckung; welches örtliche Recht ist für die auf sie sich beziehenden Rechtsverhältnisse maßgebend? 170
S. „Gerichtsstand".
Tochterkirche.
S. „Pfarrbaulast".

U

Übernahme eines Vermögensinbegriffes mit Aktiven und Passiven; „ passive Succession . . . 335
Übertragungsverträge zwischen Ascendenten und Descendenten; Stempelsteuer 260
Unfallversicherung; erlangt der von einer Eisenbahngesellschaft angenommene Betriebsbeamte die Eigenschaft eines in der Betriebsverwaltung eines Bundesstaates angestellten Beamten im Sinne §. 4 des Unfallversicherungsgesetzes, wenn er in seiner bisherigen Stellung in den Dienst des preußischen Staates übertritt, nachdem

dieser das Eigentum der Eisenbahn erworben hat und in die von der Gesellschaft geschlossenen Dienstverträge eingetreten ist? 27

Unfallversicherung; unter welchen Voraussetzungen ist in diesem Falle anzunehmen, daß die Anstellung mit Pensionsberechtigung erfolgt ist? 32

— sind unter den pensionsberechtigten Beamten auch solche zu verstehen, welche aus einer für sie besonders eingerichteten, auf Beiträgen der Mitglieder und des Unternehmers beruhenden Kasse Pensionen zu beanspruchen haben? 32

— hat die Berufsgenossenschaft, auf welche die Rechte und Pflichten aus einem Versicherungsvertrage übergegangen sind, die dem Versicherungsnehmer statutenmäßig obliegende Anzeige von dem eingetretenem Unfalle der Versicherungsanstalt auch dann noch zu machen, wenn dieselbe bereits von dem Betriebsunternehmer erstattet ist? 61

Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens . . . 141. 370

Unterkonsortialverträge.
S. „Anschaffungsgeschäft".

Unvordenkliche Zeit; Anwendbarkeit der für sie bestehenden Grundsätze auf obligatorische Verhältnisse 170

Urkundenprozeß.
S. „Kündigung".

Urteil; Bedeutung des Ausdruckes „Erlassung des Urteiles" in der Civilprozeßordnung . . 384
S. „Rechtskraft"; „Revision"; „Zwangsvollstreckung".

V

Verjährung; unvordenkliche, bei obligatorischen Verhältnissen 170

Verlassung, bösliche.
S. „Ehescheidungsstrafe".

Vermächtnis; Auslegung des Art. 1014 Code civil . . . 68

Vermögensinbegriff; Übertragung mit Aktiven und Passiven; Recht der Gläubiger gegen den Übernehmer 335

Verpfändung beweglicher Sachen ohne Übertragung des Gewahrsams 182

Versicherung gegen Hagelschaden; Gültigkeit einer Versicherung, wenn der auf seinem eigenen Namen versichernde Grundeigentümer die betreffende Ernte bereits vorher an einen Dritten verkauft hatte, aber im Besitze geblieben war und mit dem Dritten verabredet hatte, daß er im eigenen Namen versichern solle, der Dritte aber die Prämie zu erstatten und den Entschädigungsanspruch von ihm zu erhalten habe? . 217

— Versicherung eines fremden Interesses? 218

— Eigentumsinteresse . . 220

— ist die Vorschrift in §. 1987 A.L.R. II. 8 durch das Handelsgesetzbuch aufgehoben? . 224

Versteigerung; Schadensersatzklage gegen denjenigen, welcher bei einer öffentlichen Versteigerung einen Kauflustigen durch Gewährung oder Anbieten von Vorteilen vom Bieten abgehalten hat (§. 270 preuß. St.G.B.) . . . 312

— Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches . . . 312

— muß bei der sog. déclaration de command, wenn die Versteigerung vor einem Notar geschieht, auch der von dem später benannten Dritten erteilte Auftrag, für ihn zu steigern, öffentlich beurkundet werden? 363

Versteigerung; Wesen und Bedeutung der sog. déclaration de command? 363
Vertrag; Abschluß unter Abwesenden 6
— kann die Auflösung eines doppelseitigen Vertrages wegen Nichterfüllung mit Rückwirkung nur durch Urteil oder auch durch Übereinkunft der Vertragschließenden bewirkt werden? (Rhein. R.) 358
— über Handlungen, Aufhebung 318
S. „Gerichtsstand"; „Handelsgeschäft".
Verwendung, nützliche; Gerichtsstand für Ansprüche aus derselben 388
Verzollung; Auftrag zur Verzollung 105
Vormundschaft; ist eine Klage des an Stelle der Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten ist, ernannten Vormundes auf Beschränkung des Erziehungsrechtes der Mutter zulässig? (Rhein. R.) 350
— unter welchen Voraussetzungen kann auf eine solche Beschränkung erkannt werden? . . . 351

W

Ware; Begriff 44
Wechsel; kann der Acceptant der Klage des durch den Besitz des Wechsels und der Protesturkunde legitimierten Klägers den Einwand entgegensetzen, daß dieser die Forderung aus dem Wechsel nach der Protesterhebung mittels Cessionsurkunde abgetreten habe und hiervon dem Acceptanten seitens des Cedenten und Cessionars Anzeige gemacht sei? . . . 99
— bedarf es zur Perfektion der Cession der Forderung aus einem Wechsel der Übergabe der Wechselurkunde? 100
Wechsel; Anfechtung der Wechselverpflichtung auf Grund des §. 24 Ziff. 2 K.O. 75
S. „Anfechtung".
Wechselprozeß; Umfang der Rechtskraft des in ihm ergangenen Urteiles 253
Wegegerechtigkeit.
S. „Grunddienstbarkeit".
Werkverdingung; hat der Werkmeister auch dann Anspruch auf eine Hypothek für seine Forderung nach §§. 971. 972 A.L.R. I. 11, wenn das von ihm ausgeführte Werk nur in der Anfertigung der Materialien für einen Bau bestanden hat, das Verbauen dieser Materialien aber von ihm nicht übernommen ist? 229
Witwe, arme; Erbrecht . . 177

Z

Zubehör.
S. „Pfandrecht".
Zurückbehaltungsrecht, kaufmännisches; steht dem Käufer, welcher von dem Vertrage wegen Nichterfüllung zurückgetreten ist, an den ihm trotzdem verspätet übersandten und wegen verspäteter Erfüllung zurückgewiesenen, aber auf Lager genommenen Waren ein Zurückbehaltungsrecht zu? 58
— liegt in der Übersendung zum Zwecke und mit dem Angebote, daß die Sendung als Erfüllung angenommen werden möge, eine Vorschrift zur Rücksendung und in der Annahme verspäteter Sendung unter gleichzeitiger Weigerung, sie als Erfüllung gelten zu lassen, die Übernahme der Verpflichtung zur Rücksendung? 60

Zwangsversteigerung.
S. „Zwangsvollstreckung".

Zwangsvollstreckung; ist ein Hypothekengläubiger, welcher im Zwangsversteigerungsverfahren dem im Teilungsplane berücksichtigten Liquidate eines vorstehenden Hypothekengläubigers nicht widersprochen hat, nachdem auf Widerspruch eines nachstehenden Gläubigers eine Streitmasse gebildet ist, berechtigt, an dem über diese stattfindenden Verteilungsverfahren teilzunehmen? 305

— aus einem Urteile, welches zu wiederholten Leistungen verurteilt, wenn der Beklagte bestreitet, daß der Wiederholungsfall gegeben sei? 392

— enthält die Vorschrift in §. 671 C.P.O. ein Gebot, dessen Übertretung die Vollstreckungshandlung zu einer ungesetzlichen macht und ihr die Wirkung der Entstehung eines Pfandrechtes benimmt? 399

Zwangsvollstreckung; verschafft nach vorläufiger Privatpfändung einer Forderung, die nach der Veröffentlichung eines allgemeinen Veräußerungsverbotes, aber vor der Konkurseröffnung erfolgte, gerichtliche Pfändung jener Forderung dem Gläubiger ein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Pfandrecht an derselben? 425

— besteht zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland Gegenseitigkeit hinsichtlich der Vollstreckung der Urteile allgemein oder doch hinsichtlich der in Erbrechtsstreitigkeiten, auf welche die Konvention vom 12. November/31. Oktober 1874 Anwendung findet, ergangenen Urteile? . . 129

— steht der Widerspruchsklage aus §. 690 C.P.O. die in Art. 2279 Code civil aufgestellte Rechtsregel entgegen, wenn der Schuldner, bei welchem gepfändet ist, den Besitz nicht im eigenen, sondern im Namen des Klägers ausübt? 360

B. Gesetzesregister.

1. Reichsgesetze.

a. Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 1. . . . 43
Art. 4. . . . 165
Art. 6. . . . 165
Art. 15 . . . 165
Art. 16 . . 164 flg.
Artt. 22—24 . 164 flg.
Art. 41 . . 164 flg.
Art. 52 . . . 109
Art. 55 . . . 165
Art. 67 . . . 44
Art. 114 . . . 18
Art. 125 . . . 259
Art. 128 . . . 258
Art. 209 . . . 73
Art. 209b . . 38 flg.
Art. 209d . . 73
Art. 209e . . 73
Art. 209g . . 38 flg.
Art. 209h . . 42
Art. 210 . . . 73
Art. 213a. 38 flg. 74
Art. 215d . . 133
Art. 243 . . . 133
Art. 245 . . . 133
Art. 248 . . . 133
Art. 269 . . . 55
Art. 271 . . 44. 222
Art. 272 . . . 165
Art. 273 . 19. 44. 93. 108

Art. 274 . 19 flg. 44. 108
Art. 277 . . 44. 222
Art. 284 . . . 93
Art. 298 . . . 109
Art. 302 . . . 44
Art. 306 44 flg. 103 flg.
Art. 309 . . 44 flg.
Art. 313 . 44. 58 flg.
Art. 317 . . 19. 222
Art. 319 . . 8 flg.
Art. 328 5
Art. 337 . . . 45
Artt. 337—359 44 flg.
Art. 338 . . 43 flg.
Artt. 339 flg. . 45
Art. 344 . . . 107
Art. 346 . . 214 flg.
Art. 348 . . . 60
Art. 354 . . 43 flg.
Art. 355 . . . 44
Art. 356 . . . 43 flg.
Art. 357 . . . 44
Art. 359 . . . 44
Art. 360 . . . 49
Art. 376 . . . 44
Art. 822 . . . 62

b. Allgemeine deutsche Wechselordnung.

Art. 32 . . . 5

c. Deutsche Civilprozeßordnung.

§. 3 . . 409. 434
§. 4 412
§. 6 412
§. 8 . . . 432 flg.
§. 9 . . . 409 flg.
§. 12 389
§. 13 389
§. 25 151
§. 28 . 381 flg. 389
§. 29 . . . 389 flg.
§. 31 389
§. 40 151
§. 41 . . . 384 flg.
§. 87 . . . 377 flg.
§. 89 360
§. 129 . . . 424
§. 130 . . . 189
§. 139 . . 368 flg.
§. 199 5
§. 217 . . 141 flg.
§. 223 . . 141 flg.
§. 231 . . . 353
§. 240 . 386 flg. 391
§. 242 . . . 38
§. 259 . . . 302
§. 272 . . . 384
§. 273 . . . 384
§. 278 . . . 360
§. 293 . 187. 432
§. 295 . . . 384
§. 430 . . . 384
§. 467 . . 416 flg.
§. 472 . . . 384
§. 475 . . . 411
§. 489 . 155. 411
§. 500 . . . 370
§. 507 . . . 384
§. 511 . 175. 183
§. 513 . 42. 383 flg.
§. 516 . . . 42
§. 524 . . . 357
§. 526 36. 132. 183. 310
§. 528 . . 276. 411
§§. 543 flg. . . 405
§. 655 . . . 413
§. 660 . . 129 flg.
§. 661 . . 129 flg.
§. 671 . 353. 399
§. 685 . . . 399
§. 686 . . 393 flg.
§. 687 . . 353. 415
§. 690 . 102. 361. 362
§. 701 . . . 399
§§. 709 flg. 104. 361
§. 730 . . . 415
§. 744 . . 425 flg.
§. 758 . . . 424
§. 762 . . 422. 424
§. 763 . . 423 flg.
§. 764 . . 423 flg.
§. 766 . . . 422
§. 773 . . . 393
§. 774 . . . 215
§. 796 . . 404. 412
§§. 796—807 . 414
§§. 796 flg. . . 206
§. 797 . . . 404
§. 801 . 211. 406. 414
§. 802 . . . 414
§. 804 . . . 412
§. 805 406. 412. 414
§. 807 . . . 414
§§. 808—813 . 414
§. 809 . 396 flg. 415
§. 810 . . 415. 427
§. 811 . . . 396
§. 813 . . . 415
§§. 854 flg. . . 373
§. 866 . . . 376
§. 867 . . . 376
§§. 868 flg. 373. 376

d. Einführungsgesetz zur deutschen Civilprozeßordnung.

§. 6 . . . 175. 183
§. 13 128

e. Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz.

§. 137 . . 431. 433

f. Deutsche Konkursordnung.

§. 2 92
§. 11 . . . 67 flg.
§. 12 . . . 426 flg.
§. 14 113
§§. 17—19 . . 94
§. 21 . . . . 94 flg.
§. 23 . . 5 flg. 82 flg.

§. 24 . . . .74 flg.
§. 40 . . .113. 182
§. 44 . . . 112 flg.
§. 46 . . 84. 116 flg.
§. 47 84
§. 48 . . 67. 81 flg.
§. 57 112
§. 63 95
§. 88 113
§. 98 . . . 426 flg.
§. 117 . . . 185

g. Einführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung.

§. 14 . . . .182. 185
§. 15 113

h. Gerichtskostengesetz.

§. 13 . . 414. 415
§. 30 416
§. 80 . . . 429 flg.

i. Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

§. 1 418
§. 13 . 377. 379. 417
§. 25 . 377. 416 flg.
§. 26 416
§§. 43. 44 . . 418
§. 44 . . . 377 flg.
§. 45 . . . 377 flg.
§§. 46—48 . . 418
§. 76 429

k. Einzelne Reichsgesetze.

1868. 4. Juli. Gesetz über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- ꝛc Genossenschaften (B.G.-Bl. S. 415).
— — §. 16 116
1869. 21. Juni. Gewerbeordnung (B.G.Bl. S. 245).
— — §. 26 . . . . 353 flg.
— — §. 28 339
— — §. 51 342
— — §. 120 305
1871. 27. Juni. Gesetz, betr. die Pensionierung und Versorgung der Militärpersonen (R.G.Bl. S. 275).
— — §. 59 26
— — §. 63 25
— — §§. 81—83 . . 23 flg.
— — §. 113 23
— — §. 114 23
— — §. 115 26
1871. 4. Dezember. Gesetz, betr. Ausprägung von Reichsgoldmünzen (R.G.Bl. S. 404).
— — §§. 1. 2. 179
1871. 21. Dezember. Gesetz, betr. die Beschränkung des Grundeigentumes in der Umgebung von Festungen (R.G.Bl. S. 459).
— — §. 30 304
1873. 9. Juli. Münzgesetz (R.-G.Bl. S. 166).
— — Art. 1. 179
1873. 20. Dezember. Gesetz, betr. die Abänderung der Nr. 13 des Art. 4 der Verfassung des Deutschen Reiches (R.G.Bl. S. 379)
— — Art. 4 . . 123. 139
— — Art. 11 . . 123. 139
1874. 12. November/31. Oktober. Deutsch-russische Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften (R.G.Bl. 1875 S. 136).
— — Artt. 7. 10 . . 117 flg.
1877. 25. Mai. Patentgesetz (RGBl. S. 501).
— — §. 3 65
— — §. 4 65
— — §. 5 65
— — §§. 34 flg. . . . 65
1879. 21. Juli. Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses (R G.Bl. S. 277).
— — §. 2 . . . . 12 flg.
— — §. 3 . . 1 flg. 13 flg.
— — §. 7 13
1879. 28. September. Verordnung, betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (R.G.Bl. S. 299).
— — §. 1 . . . . 175. 183
1881. 26. November. Konsularvertrag des Deutschen Reiches mit Griechenland (R.G.Bl. 1882 S. 101).
— — Art. XXIII . 120. 126
— — Art. XXV. . . . 120

1882. 10. Januar. Konvention des Deutschen Reiches mit Brasilien (R.G.Bl. S. 69).
— — Art. 35 127
1883. 6. Januar. Konvention des Deutschen Reiches mit Serbien (R.G.Bl. S. 62).
— — Art. XIX 127
1884. 6. Juli. Unfallversicherungsgesetz (R.G.Bl. S. 69).
— — §. 1 29
— — §. 4 . . . . 27 flg.
— — §. 100 . . . 61 flg.
1884. 18. Juli. Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (R.G.Bl. S. 123).
— — Art. 209 . . . 38 flg.
— — Art. 213 . . . 38 flg.
— — Art. 248 132
1885. 22. Januar. Konvention des Deutschen Reiches mit der Südafrikanischen Republik (R.-G.Bl. 1886 S. 209).
— — Art. 25 127
1885. 28. Mai. Gesetz über die Ausdehnung der Unfall- und Kranken-Versicherung (R.G.Bl. S. 159).
— — §. 4 30
1885. 29. Mai. Gesetz, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben (R.G.Bl. S. 171).
— — §. 6 48
— — §. 7 . . . 49. 51 flg.
— — §. 9 . . . 36. 55 flg.
— — Tarif. 4 A. 2 34. 48 flg.

1594. Reichsabschied §. 87 206
1711. Wahlkapitulation.
— — Art. 1 §. 9 . . . 158
— — Art. 11 §. 2. . . 158
1803. 25. Februar. Reichsdeputationshauptschluß.
— — §. 7 148
— — §. 20 . . . . 136 flg.
— — §. 29 138
— — §. 39 . . . 136 flg.
— — §. 45 . . . . 144 flg.
1806. 12. Juli. Rheinbundsakte.
— — Art. 2 138
— — Art. 24 140
— — Art. 27 . . 154. 156
1815. 24. März. Wiener Kongreßartikel über die Rheinschiffahrt.
— — Art. 28 138
1815. 8. Juni. Deutsche Bundesakte.
— — Art. 14 145. 149 flg. 155. 157
— — Art. 15 138

2. Gemeines Recht.

A. Vorjustinianisches Recht.

Codex Theodos. lib. 12 tit. 7 de ponderator. l.l. 1. 2 . . 178
Nov. Valent. III. tit. 14 §. 2 178
Nov. Major. tit. 7 §. 15 . . 178

B. Justinianisches Recht.

a. Institutionen.

L. 4 Tit. 3 de leg. Aquil. §§. 3. 14 208
„ 4 „ 16 de poen. tem. litig. §. 1 211

b. Pandekten.

L. 5 Tit. 1 de judic. l. 19 §. 1 390
„ 6 „ 1 de R. V. l. 77 182
„ 8 „ 4 comm. praed. l. 7 §. 1 169
„ 8 „ 5 si serv. vind. l. 6 169
„ 8 „ 6 quemadm. serv. amitt. l. 13 . . 168 flg.
„ 8 „ 6 quemadn. serv. amitt. l. 14 . . . 169
„ 9 „ 2 ad leg. Aquil. l. 5 §. 1. l.l. 31. 44 208

L. 14 Tit. 6 de S. C. Maced. l. 3 §. 3. l. 7 pr. §§. 1. 3 183
„ 16 „ 1 ad S. C. Vellej. l. 8 §. 6. l. 29 §. 1. l. 32 §. 3 . . . 183
„ 19 „ 1 de A. E. V. l. 11 §. 5 186
„ 19 „ 1 de A. E. V. l. 13 §. 26 183
„ 21 „ 1 de aedil. edicto l. 23 §. 1. l. 60 §. 5 186
„ 21 „ 1 de aedil. edicto l. 23 pr. l. 25 pr. l. 31 §. 11 188
„ 21 „ 1 de aedil. edicto l. 43 §. 8. 188
„ 21 „ 1 de aedil. edicto l. 23 §. 9. . . . 189
„ 29 „ 7 de jure cod. l. 2 §. 2. l. 16 . . . 382
„ 29 „ 7 de jure cod. l. 7 §. 1 383
„ 30 „ de leg. I. l.l. 29. 30 183
„ 41 „ 2 de adq. poss. l. 30 §. 6 . . . 182
„ 46 „ 3 de sol. l. 71 §. 1 193
„ 46 „ 8 ratam rem. l. 24 pr. l. 25 pr. . . 193

c. Codex.

L. 1 Tit. 14 de leg. l. 5 pr. 183
„ 4 „ 32 de usur. l. 16 183
„ 5 „ 17 de repud. l. 1 174
„ 5 „ 17 de repud. l. 8 §. 4 172
„ 10 „ 70 de susceptor. l. 5 175. 179 flg.
„ 10 „ 71 de ponderat. l.l. 1. 2 178

d. Novellen.

Nov. 22 c. 15 §. 1 . . . 172
„ 22 c. 18 174
„ 53 c. 6 177
„ 97 c. 1 173
„ 117 c. 5 177
„ 117 c. 9 pr. §. 5 . . 172

C. Kanonisches Recht.

C. 18 C. XXXII. qu. 7 . . 196
L. 1 Tit. 4 X. de consuet. 175
„ 4 „ 20 X. de donat. inter vir. et uxorem 173

D. Libri Feudorum.

L. II Tit. 26 §. 19 . . . 202
„ II „ 45 200

3. Landesrecht.

Preußen.

A. Altländisches Recht.

a. Allgemeines Landrecht.

Einleitung §§. 73—75 . 266. 268
„ §. 75 339
Teil I Titel 2 §. 4. . 345 flg.
„ „ 2 §. 7. . . 43
„ „ 2 §. 42 . 345 flg.
„ „ 2 §. 80 . . 348
„ „ 2 §. 93 . . 345
„ „ 5 §. 165 . . 222
Teil I Titel 5 §. 270 . . 216
„ „ 5 §. 271 . . 257
„ „ 5 §. 292 . . 93
„ „ 5 §. 378 . . 97
„ „ 5 §. 380 . . 97
„ „ 5 §§. 385—387 319
„ „ 5 §. 388 . 318 flg.
„ „ 5 §. 390 . 318 flg.
„ „ 5 §§. 408 flg. 255. 318
„ „ 6 §. 26 . 301 flg.
„ „ 6 §§. 50—53. 108

Teil I Titel 7 §. 159 . . 243
" " 8 §§. 25 flg. . 267
" " 8 §. 26 . . 226
" " 8 §. 65 . . 267
" " 8 §. 99 . . 298
" " 8 §. 130 . . 226
" " 9 §. 221 . . 219
" " 9 §. 334 . . 346
" " 9 §. 335 . . 346
" " 10 §. 25 . . 101
" " 11 §. 95 . . 219
" " 11 §. 99 . . 243
" " 11 §. 215 . . 216
" " 11 §. 222 . . 243
" " 11 §. 372 . . 243
" " 11 §. 381 . . 43
" " 11 §. 414 . . 100
" " 11 §§. 869 flg. 318
" " 11 §. 971 . 229 flg.
" " 11 §. 972 . 229 flg.
" " 11 §. 973 . . 230
" " 12 §. 3 . . 236. 330
" " 12 §. 4 . . . 330
" " 12 §. 5 . . . 236
" " 12 §§. 66 flg. . 311
" " 12 §§. 161 flg. . 311
" " 12 §. 329 . . 243
" " 12 §. 588 . . 330
" " 12 §. 612 . . 309
" " 12 §. 646 . . 329
" " 13 §. 152 . . 108
" " 14 §. 50 . . 243
" " 14 §. 79 . . 243
" " 14 §§. 92 flg. . 243
" " 14 §§. 247. 248. 402
" " 14 §. 426 . . 243
" " 16 §. 86 . . 244
" " 16 §. 125 . . 244
" " 16 §. 126 . . 244
" " 16 §. 131 . 243 flg.
" " 16 §§. 213 flg. 243
" " 16 §§. 214 flg. 242
" " 17 §. 156 . . 243
" " 17 §§. 269 flg. 255
" " 17 §§. 270. 271 . 256
" " 17 §§. 273 flg. 257 flg.
" " 17 §. 273 . . 257
Teil I Titel 17 §. 274 . . 257
" " 17 §. 275 . . 259
" " 17 §. 276 . . 259
" " 17 §. 294 . . 256
" " 17 §. 297 . . 256
" " 17 §. 298 . . 256
" " 20 §. 1 . . . 273
" " 20 §. 12 . . 273
" " 20 §§. 22. 23 401 flg.
" " 20 §. 182 . . 243
" " 20 §. 441 . . 402
" " 20 §. 442 . . 402
" " 20 §. 462 . . 402
" " 21 §. 2 . . . 219
" " 21 §. 500 . . 221
" " 21 §. 518 . . 221
" " 21 §. 561 . . 221
" " 21 §. 571 . . 221
" " 22 §§. 1. 2 . . 267
Teil II Titel 1 §§. 198 flg. 310
" " 1 §. 442 . 310 flg.
" " 2 §§. 1—18 306 flg.
" " 2 §. 379 237. 332 flg.
" " 2 §. 380 . 237 flg.
" " 2 §. 380a . 237. 329 flg.
" " 2 §. 381 . . 332
" " 2 §. 383 . . 332
" " 2 §. 391 . . 237
" " 2 §. 414 . . 237
" " 2 §. 415 237. 330 flg.
" " 2 §. 431 . 238. 332
" " 2 §. 639 . . 307
" " 2 §. 731 . . 333
" " 2 §. 772 . . 233
" " 2 §. 773 . . 233
" " 6 §§. 11 flg. . 278
" " 6 §. 14 . . 279
" " 6 §§. 43. 44 . 279 280
" " 8 §. 1983. . 218
" " 8 §. 1987. . 223
" " 8 §§. 2024 flg. 223
" " 8 §. 2069. . 223
" " 8 §. 2070. . 223
" " 8 §. 2071 . 223
" " 11 §. 17 . . 278

Teil II Titel 11 §. 20 . 278 flg.
" " 11 §§. 50—57 279 flg.
" " 11 §§. 52 flg. 283 flg.
" " 11 §. 55 . . 284
" " 11 §. 56 . 277 flg.
" " 11 §. 57 . . 284
" " 11 §. 261 . 288 flg.
" " 11 §. 710 . . 323
" " 11 §§. 714 flg. . 322
" " 11 §. 731 . 321 flg.
" " 11 §. 740 . 321 flg.
" " 12 §. 121 . . 243
" " 15 §. 235 . . 296
" " 15 §. 246 . 295 flg.
Anh. §. 35 (zu §. 163 I. 12) 236. 329

b. Allgemeine Gerichtsordnung.

Teil I Titel 16 §§. 12. 13 . 405
" " 29 §. 12 . 400 flg.
" " 46 §. 3 . . 333
" " 46 §. 8 . . 333
" " 46 §. 12 . . 333
" " 50 §. 424 . . 229

B. Rheinisches Recht.

Code civil Artt. 135 flg. . 365
— Art. 203 352
— Art. 371 351
— Art. 372 351
— Art. 373 351
— Art. 450 351
— Art. 896 . . 149. 357 flg.
— Art. 1004. 68
— Art. 1014. 67
— Art. 1023. 356
— Art. 1048. . . . 356 flg.
— Art. 1117. 360
— Art. 1134. 364
— Art. 1157. 356
— Art. 1165. 359
— Artt. 1165—1167 . . 360
— Art. 1183. 360
— Artt. 1184 . . . 358 flg.
— Art. 1291. 67
— Art. 1351. 359
Code civil Artt. 1382 flg. 353 flg.
— Art. 1409. 352
— Art. 1419. 352
— Art. 1421. 352
— Art. 1443. 360
— Art. 1583. 364
— Art. 1599. 365
— Art. 1985. 346
— Art. 2279. 360

C. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1810. 28. Oktober. Edikt wegen der Mühlengerechtigkeit und Aufhebung des Mühlenzwanges ꝛc (G.S. S. 95) 296
1815. 21. Juni. Verordnung, betr. die Verhältnisse der vormals unmittelbaren, deutschen Reichsstände (G S. S. 105) 152
1820. 30. Mai. Instruktion wegen Ausführung des Ediktes vom 21. Juni 1815 (G.S. S. 81) 152
1822. 7. März. Gesetz wegen der Stempelsteuer (G.S. S. 57) 260 flg.
1826. 25. Februar. Kabinetsorder, betr. die Errichtung von Familienfideikommissen in den Rheinprovinzen (G.S. S. 19) 357
1826. 23. Oktober. Kabinetsorder, betr. den Bau und die Veränderung von Mühlen (G.S. S. 108) 296
1832. 14. April. Kabinetsorder, wegen Abänderung der Bestimmungen in §. 5 litt. a. b des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 (G.S. S. 137) . 260
1835. 26. April. Gesetz über die Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachteile der Gläubiger (G.S. S. 53).
— — §. 8 4
1842. 11. Mai. Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in

Beziehung auf polizeiliche Verfügungen (G.S. S. 192).
— — §. 1 341
— — §. 4 267
— — §. 6 . . . . 266 flg.
1843. 28. Februar. Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse (G.S. S. 41).
— — §. 1 300
— — §. 13 300
— — §. 16 . . . . 295 flg.
— — §. 17 299
1845. 23. Juli. Generalkonzession für die von der Gemeinschaft der evangelischen Landeskirche sich getrennt haltenden Lutheraner (G.S. S. 516) 289
— — Nr. 10 291
1848. 28. Januar. Gesetz über das Deichwesen (G.S. S. 54).
— — §. 1 . . . . 301 flg.
— — §§. 1—3 303
1850. 31. Januar. Verfassungsurkunde (G.S. S. 17).
— — Art. 9 340
— — Art. 12 . . . 277 flg.
— — Art. 15 278
1850. 2. März. Gesetz, betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc (G.S. S. 77).
— — §§. 2. 3 340
1851. 14. April. Strafgesetzbuch (G.S. S. 101).
— — §. 270 . . . 312 flg.
1853. 30. Mai. Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen (G.S. S. 261).
— — §. 1 326
1855. 8. Mai. Konkursordnung (G.S. S. 321).
— — §. 21 94
— — §. 101 83
1855. 8. Mai. Gesetz, betr. die Einführung der Konkursordnung (G.S. S. 317).
— — Art. 2 230
— — Art. 11 230
1855. 9. Mai. Gesetz, betr. die Befugnis der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses (G.S. S. 429) . 4
1861. 24. Mai. Gesetz, betr. die Erweiterung des Rechtsweges (G.S. S. 241).
— — §. 2 24
1861. 1. Juli. Gesetz, betr. die Errichtung gewerblicher Anlagen (G.S. S. 749).
— — §. 13 . . . . 339 flg.
1861. 22. Juli. Gesetz, betr. die Entrichtung des Stempels von Übertragungsverträgen zwischen Ascendenten und Descendenten (G.S. S. 754).
— — §. 1 . . . . 260 flg.
1865. 24. Juni. Allgemeines Berggesetz (G.S. S. 705).
— — §. 67 225
— — §. 70 225
— — §. 94 336
— — §. 133 336
— — §. 135 228
— — §. 137 353
— — §. 148 . . . 224 flg.
— — §. 196 225
1869. 15. März. Subhastationsordnung (G.S. S. 241).
— — §§. 70. 71 . . . 273
1872. 27. März. Gesetz, betr. die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten (G.S. S. 268).
— — §. 2 33
1872. 5. Mai. Gesetz, betr. den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke (G.S. S. 433).
— — §. 18 . . . . 273. 275
— — §. 19 . . . . 273. 275
— — §. 27 . . . . 274. 276
— — §§. 30. 31 . . . 434
— — §. 40 275
— — §. 50 402

— — §. 52 274
— — §. 63 244
1873. 5. April. Gesetz, betr. Abänderung der Artt. 15. 18 der Verfassungsurkunde (G.S. S. 143) 278. 281
1873. 13. Mai. Gesetz über die Grenzen des Rechtes zum Gebrauche kirchlicher Straf- und Zuchtmittel (G.S. S. 205).
— — §. 1 . . 284. 286 flg.
— — §§. 2—6 . . . 288
— — §. 5 287
1873. 14. Mai. Gesetz, betr. den Austritt aus der Kirche (G.S. S. 207).
— — §. 3 . . 288. 292 flg.
1875. 18. Juni. Gesetz über Aufhebung der Artt. 15. 18 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 (G.S. S. 259) 278. 283
1875. 29. Juni. Provinzialordnung (G.S. S. 335).
— — §. 67 303
1875. 2. Juli. Gesetz, betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten ꝛc (G.S. S. 561).
— — §§. 1 flg. 267
— — §. 13 267
1875. 7. Juli. Gesetz, betr. die Erteilung der Korporationsrechte an Baptistengemeinden (G.S. S. 374) 279
1876. 26. Juli. Zuständigkeitsgesetz (G.S. S. 297).
— — §. 121 . . . 301 flg.
1879. 14. März. Hinterlegungsordnung (G.S. S. 249).
— — §. 14 . . 224. 244
— — §. 19 . . . 238 flg.
— — §§. 72—74 . . 241
— — §. 77 241
1883. 13. Juli. Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (G.S. S. 131).
— — §. 113 . . . 420 flg.
— — §. 189 397
1883. 1. August. Zuständigkeitsgesetz (G.S. S. 237).
— — §. 96 . . . 303 flg.
1887. 29. April. Gesetz, betr. die Abänderung der kirchenpolitischen Gesetze (G.S. S. 127).
— Art. 4 288

Hannover.

1822. 24. Mai. Deklaratorische Verordnung zur Entscheidung mehrerer zweifelhafter Rechtsfragen.
— Art. IX 200
1836. 13. April. Gesetz über die Ablösbarkeit des Lehnsverbandes.
— — §. 28 199

Baden.

Landrechtssatz 524 . . 361 flg.
— 2204a 362
1819. 16. April. Edikt, betr. die Standes- und grundherrlichen Rechtsverhältnisse (Reg. Bl. Beilage zu Nr. XIV) . . 152
1879. 3. März. Gesetz, die Einführung der Reichsjustizgesetze betreffend.
— — §. 55 362

Bayern.

1756. Landrecht. Tl. III. Kap. 1 §§. 8 flg. . . . 141. 155
1807. 19. März. Deklaration, die Bestimmung der künftigen Verhältnisse der der königlichen Souveränität unterworfenen Fürsten, Grafen und Herren zu den verschiedenen Zweigen der Staatsgewalt betr. (Reg. Bl. S. 465) 152
1818. 26. Mai. Edikt, die staatsrechtlichen Verhältnisse der vor-

mals reichsständischen Fürsten, Grafen und Herren betr. (Ges.-Bl. S. 189) 152

Elsaß-Lothringen.

II. 11. Ventôse. Gesetz . 365
XI. 25. Ventôse. Gesetz.
— — Artt. 14. 68 . . 364

Hamburg.

1879. 25. Juli. Gesetz, betr. Ausführung der Konkursordnung. (G.S. S. 255).
— — §. 4 . . . . 182 flg.

Hessen.

1807. 1. August. Deklaration über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherren (Archiv für die hess. Ges. Bd. 1 S. 95) 152
1820. 17. Februar. Edikt über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherren. (Reg.-Bl. Nr. 13). 152

Mecklenburg-Schwerin.

1879. 26. Mai. Ausführungsgesetz zur Konkursordnung.
— — §. 3 183

Sachsen.

1838. 28. Februar. Exekutionsgesetz.
— — §. 71 214

4. Ausländisches Recht.

Österreich.

1874. 24. April. Gesetz, betr. die gemeinsame Vertretung der Besitzer von auf den Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Teilschuldverschreibungen und die bücherliche Behandlung der für solche eingeräumten Hypothekenrechte.
— — §§. 1. 3. 9. 11—15 401

Rußland.

1864. 20. November. Gesetz über die Gerichtsverfassung und die Civilprozeßordnung.
— — §. 1273 129
— — §§. 1273—1281 . 130

C. Chronologische Zusammenstellung der Entscheidungen.

Seite

1889. Urt. v. 24. Juni i. S. M. (Bekl.). w. B. M. & Co. (Kl.) Rep. I. 139/89. Nr. 39 213
„ Urt. v. 9. November i. S. der Konkursmasse der Aktiengesellschaft Homburger Farben- und chemische Fabrik (Kl.) w. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. I. 220/89. Nr. 16 68
„ Urt. v. 7. Dezember i. S. M. (Kl.) w. Ferdinand K.'sche Konkursmasse (Bekl.). Rep. I. 260/89. Nr. 17 . . 74

		Seite
1889.	Urt. v. 11. Dezember i. S. des Fürsten zu C.-B. (Kl.) w. die Hagelversicherungsbank für Deutschland (Bekl.). Rep. I. 261/89. Nr. 40	217
„	Urt. v. 21. Dezember i. S. T.'sche Konkursmasse (Kl.) w. T. (Bekl.) Rep. I. 275/89. Nr. 18.	81
1890.	Urt. v. 29. Januar i. S. A. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. I. 328/89. Nr. 1	1
„	Urt. v. 4. Februar i. S. des Grafen W. v. N. L. W. (Kl.) w. den Grafen Fr. W. zu A. L. W. (Bekl.) Rep. III. 105/89. Nr. 26 u. 75	135 u. 370
„	Urt. v. 5. Februar i. S. der Zuckerfabrik Brakel (Kl.) w. die K.'sche Konkursmasse (Bekl.). Rep. I. 334/89. Nr. 19	85
„	Urt. v. 8. Februar i. S. N. (Kl.) w. die Gelsenkirchener Bergwerksaktiengesellschaft (Bekl.). Rep. V. 270/89. Nr. 41	224
„	Urt. v. 13. Februar i. S. G. (Bekl.) w. de la S. & K. (Kl.) Rep. VI. 273/89. Nr. 42	228
„	Urt. v. 17. Februar i. S. Witwe K. (Kl.) w. die Eheleute S. u. H. T. (Bekl.) Rep. IV. 242/89. Nr. 43	231
„	Urt. v. 17. Februar i. S. K. (Kl.) w. die Descendenz des Kaufmanns K. (Bekl.) Rep. IV. 328/89. Nr. 44 .	234
„	Urt. v. 18. Februar i. S. S. de T. (Bekl.) w. die H.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. III. 310/89. Nr. 2 . . .	5
„	Urt. v. 25. Februar i. S. H. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. III. 317/89. Nr. 27	163
„	Urt. v. 26. Februar i. S. D. & B. (Kl.) w. die Kaschau-Oderberger-Eisenbahngesellschaft (Bekl.). Rep. I. 2/90. Nr. 85	400
„	Urt. v. 11. März i. S. N. (Kl.) w. H. u. Ehefrau (Bekl.). Rep. III. 328/89. Nr. 33	185
„	Urt. v. 22. März i. S. der M.'schen Eheleute (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. V. 322/89. Nr. 45	238
„	Urt. v. 25. März i. S. B. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. II. 31/90. Nr. 67	350
„	Urt. v. 27. März i. S. der Kirchengemeinden und Eingepfarrten zu R., S. u. K. (Bekl.) w. die Kirchengemeinde und Eingepfarrten zu G. (Kl.) Rep. IV. 329/89. Nr. 46	246
„	Urt. v. 27. März i. S. K. (Kl. u. Widerbekl.) w. Sh. u. E. (Bekl. u. Widerkl.) Rep. I. 23/90. Nr. 47 u. 76	250 u. 370
„	Urt. v. 28. März i. S. Kn. u. Ehefrau (Bekl.) w. Witwe K. (Kl.) Rep. II. 38/90. Nr. 74	367
„	Urt. v. 31. März i. S. H. (Bekl.) w. St. (Kl.) Rep. IV. 380/89. Nr. 48	253
„	Urt. v. 11. April i. S. der Firma S. W. & Co. (Kl.) w. die Firma Z. K. (Bekl.) Rep. III. 9/90. Nr. 77 .	371

		Seite
1890.	Beschl. v. 14. April i. S. der Witwe K. (Kl.) w. den preuß. Fiskus (Bekl.). Beschw.-Rep. VI. 41/90. Nr. 78	376
„	Urt. v. 15. April i. S. Fr. G. (Kl.) w. M. M. (Bekl.) Rep. III. 13/90. Nr. 28	167
„	Urt. v. 17. April i. S. des preußischen Fiskus (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. IV. 392/89. Nr. 49	259
„	Urt. v. 19. April i. S. A. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. I. 34/90. Nr. 3	6
„	Urt. v. 21. April i. S. W. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. VI. 16/90. Nr. 29 u. 79	170 u. 380
„	Urt. v. 22. April i. S. der G.'schen Stiftung (Bekl.) w. die Volksschule zu B. (Kl.) Rep. III. 301/89. Nr. 30	170
„	Urt. v. 25. April i. S. der Kanalbaukommission (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 23/90. Nr. 80	383
„	Urt. v. 26. April i. S. G. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. I. 45/90. Nr. 20	99
„	Urt. v. 28. April i. S. der geschiedenen Ehefrau W. (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. VI. 341/89. Nr. 31	171
„	Urt. v. 29. April i. S. der Witwe B. (Kl.) w. Z. (Bekl.) Rep. II. 56/90. Nr. 68	352
„	Urt. v. 1. Mai i. S. A. S. u. K. v. H. (Bekl.) w. die Gerichtskasse zu J. (Kl.) Rep. VI. 338/89. Nr. 4	11
„	Urt. v. 8. Mai i. S. der Stadtgemeinde Berlin (Bekl.) w. die Erben K. (Kl.) Rep. VI. 79/90. Nr. 50	265
„	Urt. v. 9. Mai i. S. der Firma R. O. Sohn (Bekl.) w. R. J. (Kl.) Rep. III. 41/90. Nr. 5	15
„	Urt. v. 12. Mai i. S. J. (Kl.) w. den Militärfiskus (Bekl.). Rep. IV. 37/89. Nr. 6	21
„	Urt. v. 12. Mai i. S. S. M. (Kl.) w. den preußischen Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. IV. 45/90. Nr. 7 u. 51	27. 271
„	Urt. v. 12. Mai i. S. des preuß. Fiskus (Bekl.) w. die Aktiengesellschaft Deutsche Gesellschaft für Bauunternehmungen (Kl.). Rep. IV. 22/90. Nr. 8	34
„	Urt. v. 13. Mai i. S. O. (Bekl.) w. R. u. Gen. (Kl.) Rep. II. 70/90. Nr. 69	355
„	Urt. v. 14. Mai i. S. der Geschwister P. (Bekl.) w. die ländliche Parzellierungsgesellschaft zu M. (Kl.) Rep. V. 16/90. Nr. 52	271
„	Urt. v. 16. Mai i. S. Pf. (Kl.) w. die Aktiengesellschaft Phönix Dortmunder Exportbrauerei (Bekl.). Rep. II. 67/90. Nr. 70	358
„	Urt. v. 16. Mai i. S. S. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. II. 66/90. Nr. 81	385
„	Urt. v. 17. Mai i. S. der M. R. u. J. Fabrik-Aktiengesellschaft (Kl.) w. M. N. u. H. N. (Bekl.) Rep. I. 72/89. Nr. 9	37

		Seite
1890.	Urt. v. 17. Mai i. S. Kl. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 131/90. Nr. 10	43
"	Urt. v. 19. Mai i. S. der Baptistengemeinde zu R. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. IV. 30/90. Nr. 53	277
"	Urt. v. 23. Mai i. S. H. Sch. (Kl.) w. M. L. (Bekl.) Rep. III. 55/90. Nr. 82	388
"	Beschl. v. 28. Mai i. S. W. u. Gen. (Bekl.) w. F. (Kl.) Beschw.-Rep. V. 56/90. Nr. 83	392
"	Urt. v. 29. Mai i. S. des preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. VI. 61/90. Nr. 86	409
"	Urt. v. 30. Mai i. S. der Deutschen Vereinsbank zu Frankfurt a. M. (Kl.) w. den preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. III. 234/89. Nr. 11	46
"	Urt. v. 30. Mai i. S. R. (Bekl.) w. J. u. St. (Kl.) Rep. III. 56/90. Nr. 21	101
"	Urt. v. 2. Juni i. S. K. Konkursverwalter (Bekl.) w. H. u. G. (Kl.) Rep. VI. 69/90. Nr. 32	180
"	Urt. v. 2. Juni i. S. H. u. Gen. (Kl.) w. die evangelische Kirchengemeinde M. (Bekl.) Rep. IV. 38/90. Nr. 54	288
"	Urt. v. 3. Juni i. S. K. (Kl.) w. G. u. D. (Bekl.) Rep. III. 27/90. Nr. 84	395
"	Urt. v. 4. Juni i. S. der Firma M. R. (Kl.) w. die Firma F. & K. (Bekl.) Rep. I. 92/90. Nr. 12	58
"	Urt. v. 5. Juni i. S. Prometheus (Bekl.) w. die Brauerei- und Mälzereiberufsgenossenschaft zu Frankfurt a. M. (Kl.) Rep. VI. 66/90. Nr. 13	61
"	Urt. v. 6. Juni i. S. B. (Bekl.) w. die Aktiengesellschaft Brauerei zum Münchener Kindl (Kl.). Rep. II. 90/90. Nr. 71	361
"	Beschl. v. 7. Juni i. S. O. (Bekl.) w. O. (Kl.) Beschw.-Rep. IV. 73/90. Nr. 87	410
"	Urt. v. 11. Juni i. S. P. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. I. 81/90. Nr. 14	64
"	Urt. v. 17. Juni i. S. K. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. III. 73/90. Nr. 34	189
"	Urt. v. 20. Juni i. S. Ch. (Kl.) w. St. (Bekl.) Rep. II. 104/90. Nr. 72	363
"	Urt. v. 20. Juni i. S. St. (Kl.) w. St. (Bekl.) Rep. III. 94/90. Nr. 35	193
"	Urt. v. 21. Juni i. S. v. K. u. Fr. v. B. (Bekl.) w. L. A. (Kl.) Rep. V. 55/90. Nr. 55	294
"	Urt. v. 23. Juni i. S. v. H. (Bekl.) w. Sp. u. Gen. (Kl.) Rep. VI. 88/90. Nr. 24	117
"	Urt. v. 23. Juni i. S. des Provinzialverbandes der Provinz Ostpreußen (Bekl.) w. B. u. Gen. (Kl.) Rep. VI. 91/90. Nr. 56	300

		Seite
1890.	Urt. v. 23. Juni i. S. v. H. (Bekl.) w. Sp. u. Gen. (Kl.) Rep. VI. 88/90. Nr. 24 u. 92	118. 428
„	Beschl. v. 25. Juni i. S. der Kaschau-Oberberger Eisenbahngesellschaft (Bekl.) w. D. u. B. (Kl.) Beschw.-Rep. I. 23/90. Nr. 88	412
„	Beschl. v. 30. Juni i. S. M. (Kl.) w. H. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 74/90. Nr. 89	416
„	Urt. v. 1. Juni i. S. der Konkursmasse des G. Sp. (Kl.) w. W. Sp. (Bekl.) Rep. II. 116/90. Nr. 5 u. 73 .	66. 366
„	Urt. v. 2. Juli i. S. B. & Sch. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. I. 102/90. Nr. 22	104
„	Urt. v. 2. Juli i. S. Kl. (Bekl.) w. K. u. Gen. (Kl.) Rep. V. 67/90. Nr. 57 u. 90	305. 420
„	Urt. v. 3. Juli i. S. K. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IV. 76/90. Nr. 58	305
„	Urt. v. 3. Juli i. S. St. & Co. (Bekl.) w. J. Konkursverwalter (Kl.). Rep. VI. 99/90. Nr. 91	425
„	Urt. v. 5. Juli i. S. R.'sche Konkursmasse (Bekl.) w. den Kreditverein der Friedrichstadt E. G. zu Berlin (Kl.). Rep. I. 124/90. Nr. 23	110
„	Urt. v. 5. Juli i. S. v. T.-W. (Kl.) w. die katholische Kirchengemeinde zu M. (Bekl.) Rep. IV. 381/89. Nr. 62	320
„	Urt. v. 7. Juli i. S. A. (Kl.) w. G. u. Gen. (Bekl.) Rep. IV. 82/90. Nr. 59	308
„	Urt. v. 7. Juli i. S. E. E. (Bekl.) w. Geschwister E. (Kl.) Rep. IV. 81/90. Nr. 63	327
„	Urt. v. 8. Juli i. S. M. (Bekl.) w. D. (Kl.) Rep. III. 67/90. Nr. 60	311
„	Urt. v. 9. Juli i. S. M. (Kl.) w. die Baugewerksaktiengesellschaft „Hugo" (Bekl.). Rep. V. 76/90. Nr. 64 .	334
„	Urt. v. 10. Juli i. S. Sch. (Kl.) w. die Ostpreuß. Viehversicherungsgesellschaft (Bekl.). Rep. VI. 113/90. Nr. 61	318
„	Urt. v. 16. September i. S. der Regierung zu Hannover (Kl.) w. den Verwalter im v. R.'schen Konkurse (Bekl.). Rep. III. 221/89. Nr. 36	196
„	Urt. v. 19. September i. S. des Vorstandes u. Aufsichtsrates der Aktienzuckerfabrik H. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. III. 105/90. Nr. 25	132
„	Urt. v. 20. September i. S. Fiskus, Stadt M. und Provinzialverband der Provinz Westfalen (Bekl.) w. den Müller M. (Kl.) Rep. V. 96/90. Nr. 65	337
„	Beschl. v. 25. September i. S. B. (Kl.) w. L. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 96/90. Nr. 93	428
„	Beschl. v. 25. September i. S. Sch. (Bekl.) w. H. (Kl.) Beschw.-Rep. VI. 81/90. Nr. 94	431

Seite

1890. Urt. v. 30. September i. S. K. (Kl.) w. v. d. O. (Bekl.) Rep. III. 162/90. Nr. 37 202
„ Urt. v. 17. Oktober i. S. W. (Kl.) w. Witwe B. u. A. B. (Bekl.) Rep. III. 107/90 Nr. 38 204
„ Urt. v. 22. Oktober i. S. C. J. u. Sohn (Kl.) w H. P. u. Gen. (Bekl.) Rep. V. 134/90. Nr. 66 343

Zusammenstellung

der

im sechsundzwanzigsten Band

mitgeteilten Entscheidungen

nach

Oberlandesgerichtsbezirken.

Berlin . . . . . 6. 8. 9. 10. 13. 14. 17. 18. 23. 39. 40. 42. 44. 50. 63. 66. 87.
Braunschweig . 25.
Breslau . . . . . 3. 22. 43. 45. 47. 48. 49. 54. 62. 76. 85. 88. 89.
Celle . . . . . 2. 27. 30. 35. 36. 37. 38. 60.
Darmstadt . . . 5. 26. 75. 77. 82.
Frankfurt a./M. 16. 24. 28. 84. 92.
Hamburg . . . . 1. 29. 31. 32. 79. 91. 94.
Hamm . . . . . 19. 41. 64. 65.
Karlsruhe . . . 71.
Kassel . . . . . 11. 33.
Kiel . . . . . 21. 34. 80.
Köln . . . . . 15. 69. 70. 73. 81.
Königsberg . . 4. 52. 53. 55. 56. 58. 61. 83.
Kolmar . . . . . 67. 68. 72. 74.
Naumburg . . . 7. 12. 20. 51. 57. 59. 90. 93.
Posen . . . . . 46. 78.
Stettin . . . . . 86.

Berichtigungen.

Zwanzigster Band.

S. 122 Z. 11 v. o. statt „414" lies „424".

Zweiundzwanzigster Band.

S. 105 Z. 6 v. o. hinter „Markenschutz" ist einzuschalten „verurteilten Angeklagten".
„ 107 „ 12 v. o. statt „§. 21" lies „§. 15".
„ 111 „ 8 v. o. nach „Umstand" ist einzuschalten „spricht".
„ 298 „ 11 v. u. statt „Beklagten" lies „Kläger".
„ 301 „ 15 v. o. „ „Kläger" lies „Beklagten".
„ 330 „ 8 v. u. „ „Ausgang" lies „Ausdruck".
„ 349 „ 3 v. u. „ „I. 4" lies „II. 4".
„ 393 „ 8 v. u. „ „Dr. B." lies „Dr. S.".
„ 458 Spalte 1 Z. 20 v. u. zu streichen.
„ 459 „ 1 „ 11 u. 12 v. u. einzuschalten „4 §. 30 . . . 349".
„ 467 Z. 21 v. o. statt „X." lies „Frau K.".
„ 469 letzte Zeile statt „299" lies „229".

Dreiundzwanzigster Band.

S. 37 Z. 8 v. o. statt „106" lies „136".
„ 99 „ 9 v. o. „ „Auf dieses" lies „Bei diesem".
„ 99 „ 10 v. o. „ „übliche Geschäft" lies „üblichen Geschäfte".
„ 112 „ 8 v. u. „ „Kläger" lies „Beklagten".
„ 126 „ 7 v. o. „ „Kosten" lies „Lissa".
„ 154 „ 5 v. u. ist hinter „Flüsse" einzuschalten „abgeleitet wird".
„ 175 „ 13 v. u. nach „aufgeworfen" ist einzuschalten „worden ist".
„ 188 „ 11 v. o. nach „Urteile" ist einzuschalten „vom 2. Juni 1862".
„ 233 „ 7 v. o. statt „§. 21" lies „§§. 22 flg."
„ 281 „ 12 v. o. „ „erwähnt" lies „gedenkt".
„ 281 „ 13 v. o. „ „betroffenen" lies „getroffenen".
„ 341 „ 5 v. u. „ „62" lies „63".
„ 365 „ 19 v. u. „ „Kläger" lies „Beklagten".
„ 398 „ 8 v. u. „ „petitorischen" lies „possessorischen".
„ 416 „ 4 v. o. „ „22" lies „23".

Vierundzwanzigster Band.

S. 120 Z. 1 v. o. statt „Unfallversicherungsansprüche" lies „Unfallversicherungsgesetze".
„ 126 „ 4 v. u. ist „anspruch" zu streichen.
„ 308 „ 5 v. o. statt „konstatiert" lies „konstiert".
„ 390 „ 10 v. o. ist hinter „ob" einzuschalten „es gestattet ist".

Fünfundzwanzigster Band.

S. 112 Z. 12 v. u. statt „Gütertransportverträge" lies „Güter Transportverträge".
„ 118 „ 15 v. o. ist „nicht" zu streichen.
„ 181 „ 16 v. u. statt „489" lies „419".
„ 213 „ 16 v. o. „ „11" lies „21".
„ 291 „ 16 v. o. „ „ausstellen" lies „übergeben".
„ 455 erste Spalte Z. 7 v. o. ist „181" zu streichen.

Bibliothek des Reichsgerichts.
Auftragzettel für den Buchbinder
№ 8481 B

Hfz. I.
Hfz. II.
3 Hl. 8 C
Pappb.

Bemerkungen.
Neu binden

Entscheidungen
des
Reichsgerichts

in
Civilsachen

14 | 15 | 26

Lieferzeit:

E

S. 1

" 1
" 1
" 1

S.

"
"
"
"
"

Stanford Law Library
3 6105 06 149 428 7